

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (Sala Quinta)
de 14 de octubre de 2004*

En el asunto T-56/02,

Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG, con domicilio social en Múnich (Alemania), representada por los Sres. W. Knapp y T. Müller-Ibold y la Sra. B. Bergmann, abogados, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte demandante,

contra

Comisión de las Comunidades Europeas,

parte demandada,

que tiene por objeto la pretensión de que se anule la Decisión 2003/25/CE de la Comisión, de 11 de diciembre de 2001, en un procedimiento con arreglo al artículo 81 del Tratado CE [Asunto COMP/E-1/37.919 (ex 37.391) — Comisiones bancarias de cambio de monedas de la zona del euro — Alemania] (DO 2003, L 15, p. 1),

* Lengua de procedimiento: alemán.

EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA
DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Sala Quinta),

integrado por la Sra. P. Lindh, Presidenta, y los Sres. R. García-Valdecasas y J.D. Cooke, Jueces;

Secretario: Sr. H. Jung;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos;

dicta la siguiente

Sentencia

Antecedentes del litigio

Marco normativo

- 1 El artículo 109 L, apartado 4, del Tratado CE (actualmente artículo 123 CE, apartado 4) prevé que, en la fecha en que entre en vigor la tercera fase de la Unión Económica y Monetaria (UEM), el Consejo aprobará los tipos de conversión a los que quedarán irrevocablemente fijadas las monedas respectivas de los Estados miembros que vayan a adoptar el euro como moneda única de conformidad con el Tratado CE (en lo sucesivo, «Estados miembros participantes») y el tipo fijo irrevocable al cual el euro sustituirá a dichas monedas.

- 2 El artículo 52 del Protocolo sobre los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo (BCE), anexo al Tratado CE (en lo sucesivo, «Estatutos del SEBC»), dispone lo siguiente:

«Cambio de los billetes de banco denominados en monedas comunitarias

Tras la fijación irrevocable de los tipos de cambio, el Consejo de Gobierno adoptará las medidas necesarias para garantizar que los billetes de banco denominados en monedas con tipo de cambio fijo irrevocable sean cambiados por los bancos centrales nacionales a sus respectivos valores de paridad.»

- 3 El Consejo Europeo, en su reunión celebrada en Madrid los días 15 y 16 de diciembre de 1995, confirmó que la tercera fase de la UEM comenzaría el 1 de enero de 1999, de conformidad con el artículo 109 J, apartado 4, del Tratado CE (actualmente artículo 121 CE, apartado 4).

- 4 Los principales elementos del marco normativo relativo a la introducción y a la utilización del euro se encuentran recogidos en:

- el Reglamento (CE) n° 1103/97 del Consejo, de 17 de junio de 1997, sobre determinadas disposiciones relativas a la introducción del euro (DO L 162, p. 1), y en

- el Reglamento (CE) n° 974/98 del Consejo, de 3 de mayo de 1998, sobre la introducción del euro (DO L 139, p. 1).

- 5 El artículo 4 del Reglamento n° 1103/97 define las normas aplicables a la conversión entre el euro y las unidades monetarias de los Estados miembros participantes. En su apartado 3, prevé que «los tipos de conversión se utilizarán para las conversiones en ambos sentidos entre la unidad euro y las unidades monetarias nacionales. No se utilizarán tipos inversos calculados a partir de los tipos de conversión.»

- 6 De los artículos 2 y 3 del Reglamento n° 974/98 del Consejo se desprende que, a partir del 1 de enero de 1999, la moneda de los Estados miembros participantes es el euro, que sustituye a la moneda de cada Estado miembro participante con arreglo al tipo de conversión.

- 7 Los artículos 10 y 11 del Reglamento n° 974/98 establecen como fecha de puesta en circulación y de acuñación de los billetes y monedas denominados en euros el 1 de enero de 2002.

- 8 Los artículos 5 a 9 del Reglamento n° 974/98 contienen las disposiciones transitorias aplicables durante el período comprendido entre el 1 de enero de 1999 y el 1 de enero de 2002 (en lo sucesivo, «período transitorio»).

- 9 Por otra parte, es preciso señalar que la Comisión invitó a representantes del sector bancario, de las autoridades públicas y de los consumidores a participar en una mesa redonda sobre los aspectos prácticos de la transición al euro que tuvo lugar el 15 de mayo de 1997 (considerando 40 de la Decisión impugnada). Del documento que resume lo tratado en esa mesa redonda («Comisión, Dirección General “Asuntos económicos y financieros”, Mesa redonda sobre los aspectos prácticos de la transición al euro: resumen y conclusiones», documento II/301/97, de 11 de junio de 1997) se desprende, en particular, que los representantes de los bancos «expresaron su deseo de que durante el período transitorio pudieran cobrarse comisiones por las operaciones de canje entre billetes nacionales de los distintos Estados miembros participantes, ya que, si bien desaparecerá el riesgo del tipo de cambio y, por tanto, se reducirán los costes en torno al 20 %, otros costes permanecerán», a lo que las

asociaciones de consumidores manifestaron su oposición. En dicha mesa redonda, Deutsche Bank señaló que, durante el período transitorio, tenía intención de cobrar comisiones por las operaciones de cambio de efectivo a las personas que no fueran titulares de cuentas y prestar en cambio este servicio de forma gratuita a sus clientes.

- 10 Tras la mesa redonda del 15 de mayo de 1997, la Comisión encargó a un grupo de expertos la tarea de analizar si los bancos tenían derecho a cobrar comisiones por la conversión de las monedas de los Estados miembros participantes y, en caso afirmativo, bajo qué condiciones.
- 11 Las conclusiones pertinentes del grupo de expertos en lo que respecta al período transitorio son las siguientes (informe del grupo de expertos sobre comisiones bancarias de conversión al euro, de 20 de noviembre de 1997; documento citado en el considerando 137 de la Decisión impugnada, nota a pie de página 56):
 - en cuanto al canje de billetes denominados en las monedas de los distintos Estados miembros participantes, el artículo 52 de los Estatutos del SEBC obliga a los bancos centrales de la zona del euro a canjear los billetes de banco denominados en las monedas de los demás Estados miembros participantes a los tipos irrevocables de conversión, pero no existe ninguna disposición que prohíba a los bancos comerciales cobrar comisiones por este tipo de servicio;
 - por lo que respecta a la transparencia, la obligación de utilizar los tipos irrevocables de conversión para toda operación de cambio implica que cualquier comisión deberá ser consignada por separado del tipo irrevocable de conversión y no estar implícita en un diferencial.

- 12 En una nota que figura en el anexo A del informe de 20 de noviembre de 1997, el grupo de expertos indica lo siguiente:

«19. No existe ninguna disposición legislativa comunitaria o nacional que prohíba a los bancos comerciales, a las oficinas de cambio o a otras entidades repercutir al cliente el coste del canje de billetes. Dicho canje constituye indiscutiblemente, desde el punto de vista económico, un “servicio”, en el que se intercambian dos bienes jurídicamente distintos, a diferencia de lo que sucede en la conversión de moneda escritural.

[...]

Transparencia

23. En el caso de que se concluya que pueden cobrarse comisiones por determinadas operaciones (por ejemplo, en el supuesto de canje de monedas y billetes nacionales por otras monedas y billetes nacionales) deberá respetarse el principio de transparencia en la remuneración del canje. Actualmente, los bancos y oficinas de cambio de determinados Estados miembros cobran una comisión de cambio consistente en un “margen” global entre los tipos de cambio de compra y de venta de una misma moneda. A partir de la introducción del euro, la aplicación de estos márgenes no podrá ser considerada una aplicación correcta de los tipos de conversión establecidos en el Reglamento que se adopte sobre la base del artículo 109 L, apartado 4, del Tratado. Tales márgenes (consistentes en diferenciales entre unidades de otra moneda) serán indudablemente considerados incompatibles con las disposiciones del Derecho comunitario y/o nacional que regulen la defensa de los consumidores. Este requisito de transparencia se aplica a todos los supuestos en los que se cobren comisiones por la conversión: las comisiones deberán indicarse de forma explícita y no implícita.

[...]

Conclusiones

[...]

— Durante el período transitorio podrán cobrarse comisiones por el canje de billetes y monedas, siempre que aquellas aparezcan consignadas de forma transparente como comisiones por el servicio de canje.»

13 Sobre la cuestión de si los bancos tenían la intención de cobrar comisiones por el canje de billetes de los Estados miembros participantes, el informe de los expertos de 20 de noviembre de 1997 indica que la mayoría de los bancos sí tenía previsto hacerlo, aunque las comisiones serían inferiores a las aplicadas hasta la fecha, debido a la eliminación del riesgo de cambio.

14 Haciéndose eco de los argumentos expuestos por las asociaciones de consumidores, el grupo de expertos estimó que la transición al euro sería más fácilmente aceptada si los bancos renunciaban a exigir una comisión por la conversión. El grupo de expertos se pronunció a favor de la promulgación de una «norma de buenas prácticas» que estableciese la gratuidad de la conversión.

15 Los puntos anteriores fueron asimismo recogidos en el número 21 de los *Cahiers de l'euro*, que publicó la Comisión en 1998, en fecha no especificada.

- 16 Tras estas consultas, se aprobó la Recomendación 98/286/CE de la Comisión, de 23 de abril de 1998, sobre las comisiones bancarias por la conversión a euros (DO L 130, p. 22; en lo sucesivo, «Recomendación de la Comisión de 23 de abril de 1998»). El artículo 2 enumera una serie de normas de buenas prácticas, destinadas a ser aplicadas por los bancos, en materia de conversión gratuita. Estas normas no se refieren a los servicios de canje de billetes y monedas de la zona del euro durante el período transitorio. El artículo 3 de la Recomendación de 23 de abril de 1998 está redactado de la forma siguiente:

«Artículo 3 — Transparencia

1. En toda conversión de cualquier unidad monetaria nacional a la unidad euro, o viceversa, y en todo canje de billetes y monedas de los Estados miembros participantes, los bancos deberían hacer constar claramente la aplicación de los tipos de conversión de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento (CE) n° 1103/97 y consignar por separado cualesquiera comisiones cobradas.

2. En el supuesto de que los bancos cobren comisiones por conversiones y canjes distintos de los previstos en el artículo 2, o de que no apliquen alguna de las disposiciones comprendidas en la letra b) del citado artículo, deberían informar a sus clientes de manera clara y transparente sobre las referidas comisiones de conversión y de canje, facilitando:

- a) información previa (*ex ante*), por escrito, sobre las comisiones de conversión y de canje que se propusieran aplicar, en su caso; y

- b) información específica (*ex post*) en los extractos de cuenta o de tarjeta de crédito, o por cualquier otro medio utilizado en la comunicación con el cliente, sobre las comisiones de conversión y de canje aplicadas. Esta información, en la que las comisiones de conversión y de canje, en su caso, deberían diferenciarse claramente del tipo de conversión y de cualesquiera otras comisiones cobradas, debería permitir a los clientes comprobar que se han aplicado los tipos de conversión de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento (CE) nº 1103/97.»

Decisión impugnada

- 17 La norma objeto del presente asunto es la Decisión 2003/25/CE de la Comisión, de 11 de diciembre de 2001, en un procedimiento con arreglo al artículo 81 del Tratado CE [Asunto COMP/E-1/37.919 (ex 37.391) — Comisiones bancarias de cambio de monedas de la zona del euro — Alemania] (DO 2003, L 15, p. 1; en lo sucesivo, «Decisión impugnada»).
- 18 Entre los servicios de canje de divisas, cabe distinguir, por una parte, la conversión de moneda escritural y, por otra, el cambio de monedas y billetes o «cambio de efectivo». Este último tipo de servicio, que es el único pertinente a efectos del presente recurso, puede a su vez subdividirse en dos categorías: por una parte, los servicios de cambio de efectivo al por mayor, que permiten a los bancos canjear grandes cantidades de billetes (en lo sucesivo, «servicios interbancarios de cambio de efectivo») y, por otra, los servicios de cambio de efectivo al por menor, destinados a los particulares y referidos a pequeñas cantidades de billetes.
- 19 Antes de la introducción del euro, la remuneración de los servicios de cambio de efectivo no implicaba de ordinario, en Alemania, el cobro de una comisión diferenciada: el precio de dichos servicios estaba incluido en los tipos a los que las entidades financieras y las oficinas de cambio compraban y vendían las divisas a sus

clientes. El tipo de compra era más bajo que el tipo de referencia del mercado, y el tipo de venta era más alto (considerando 38 de la Decisión impugnada). La diferencia respecto al tipo de referencia del mercado se denominaba en ocasiones «diferencial».

20 Los destinatarios de la Decisión impugnada son cinco bancos alemanes:

— Commerzbank;

— Dresdner Bank;

— Bayerische Hypo- und Vereinsbank (en lo sucesivo, «HVB» o «demandante»);

— Deutsche Verkehrsbank (DVB);

— Vereins- und Westbank (VUW).

21 El demandante ejerce principalmente su actividad de banca universal en Alemania. Se constituyó como resultado de la fusión, el 1 de septiembre de 1998, de Bayerische Hypotequen- und Wechselbank con Bayerische Vereinsbank AG. El demandante es el accionista principal de VUW.

- 22 A comienzos del año 1999, la Comisión entabló un procedimiento de investigación contra unos 150 bancos, entre ellos el demandante, establecidos en siete Estados miembros: Bélgica, Alemania, Irlanda, Países Bajos, Austria, Portugal y Finlandia. La Comisión sospechaba que dichos bancos habían llegado a un acuerdo para fijar los precios, durante el período transitorio, de los servicios de cambio de efectivo denominado en las monedas de algunos de los Estados miembros participantes. Aunque inicialmente se asignó a esta investigación un solo número de expediente, en el curso de la misma la Comisión procedió a incoar procedimientos separados sobre la existencia de prácticas colusorias en cada uno de los Estados miembros afectados.
- 23 A partir del 8 de febrero de 1999, la Comisión solicitó información a tres asociaciones bancarias alemanas, con arreglo al artículo 11 del Reglamento nº 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962: Primer reglamento de aplicación de los artículos [81] y [82] del Tratado (DO 1962, 13, p. 204; EE 08/01, p. 22), principalmente en relación con los servicios de cambio de efectivo.
- 24 Los días 16 y 17 de febrero de 1999, la Comisión realizó inspecciones en los domicilios sociales en Fráncfort del Meno de Dresdner Bank y de Deutsche Bank.
- 25 El 19 de octubre de 1999, la Comisión envió un cuestionario a unos 240 bancos de la zona del euro, instándoles, con arreglo al artículo 11 del Reglamento nº 17, a que facilitasen información sobre las comisiones de cambio aplicadas antes y después de la introducción del euro. El cuestionario se envió a 42 bancos alemanes, entre ellos los destinatarios de la Decisión impugnada (considerando 22 de la Decisión impugnada).
- 26 Los días 20 y 21 de octubre de 1999, la Comisión realizó una inspección en los Países Bajos, en el domicilio social de GWK Bank (en lo sucesivo, «GWK») (considerandos 20 y 21 de la Decisión impugnada).

27 Mediante escritos de 3 y 10 de agosto de 2000, la Comisión remitió un pliego de cargos a cada uno de los siguientes bancos:

- Commerzbank;
- DVB;
- HVB;
- Reisebank;
- Dresdner Bank;
- VUW;
- Bayerische Landesbank Girozentrale;
- SEB Bank (anteriormente denominado BfG);
- Hamburgische Landesbank Girozentrale;
- Westdeutsche Landesbank Girozentrale;
- Landesbank Hessen Thüringen Girozentrale;
- GWK y sus sociedades matrices Fortis NV, Fortis Services Nederland NV y Fortis Bank Nederland NV.

- 28 En la audiencia celebrada los días 1 y 2 de febrero de 2001, el consejero-auditor oyó a los destinatarios de los pliegos de cargos.
- 29 El 11 de diciembre de 2001, la Comisión adoptó la Decisión impugnada.
- 30 Según la Decisión impugnada (segundo considerando), los bancos participantes en la reunión del 15 de octubre de 1997 en la sede de DVB en Fráncfort del Meno (en lo sucesivo, «reunión del 15 de octubre de 1997») acordaron cobrar una comisión en torno al 3 % por la compra y venta de billetes de la zona del euro durante el período transitorio.
- 31 La reunión tuvo lugar a iniciativa del GWK, según la Comisión. La Decisión impugnada señala en este sentido que este banco exhortó a Reisebank, en una reunión celebrada el 29 de abril de 1997, a entablar conversaciones con otros bancos alemanes con el objetivo principal de asegurarse que el Banco central de Alemania no brindara un servicio gratuito de cambio de efectivo a los consumidores (considerando 60 de la Decisión impugnada).
- 32 Las pruebas documentales de la infracción se encuentran, según la Decisión impugnada (considerando 62), en las actas de las reuniones y en las notas de las conversaciones telefónicas que fueron encontradas durante la inspección en los locales de GWK, en especial en las actas de la reunión del 15 de octubre de 1997 redactadas respectivamente por el Sr. [A], empleado de GWK (en lo sucesivo, «acta [A]»), y por el Sr. [B], empleado de Commerzbank (en lo sucesivo, «acta [B]»).

- 33 En la Decisión impugnada, la Comisión destacó en primer término que los participantes habían acordado informar al Bundesbank (Banco central de Alemania) de que iban a realizar, a partir del 1 de enero de 1999, «el cambio de monedas de la zona del euro a los tipos de cambio fijos y que cargarían una comisión explícitamente indicada» (considerando 88 de la Decisión impugnada).
- 34 A continuación, la Comisión señaló (considerando 89 de la Decisión impugnada) que los participantes en la reunión del 15 de octubre de 1997, al no conseguir llegar a un acuerdo para aplicar el mismo sistema de tarifas, «se fijaron el objetivo común de sustituir los diferenciales por una comisión de un porcentaje determinado para recuperar el 90 % de los ingresos procedentes del margen de cambio. Esto arrojaría una comisión total de aproximadamente el 3 %». De esta forma, sobre la base del acta [B], la Comisión afirma «que había consenso en cuanto al uso de tipos de cambio fijos para monedas de la zona del euro (es decir, sin tipos de cambio de compra y de venta) con una tasa en forma de comisión expresada en porcentaje» (considerando 95 de la Decisión impugnada).
- 35 Por último, la Comisión consideró que tanto el acta [A] como el acta [B] reflejan la existencia de un acuerdo sobre el precio de los servicios de cambio de efectivo, expresado en forma de una comisión porcentual sobre el importe canjeado. El acta [B] no menciona el importe de dicha comisión, a diferencia del acta [A], que recoge un importe en torno al 3 %. En cualquier caso, la Comisión tuvo también en cuenta el hecho de que, durante la audiencia de los días 1 y 2 de febrero de 2001, Bayerische Landesbank declaró que su representante en la reunión del 15 de octubre de 1997 recordó que «los representantes de determinados bancos mencionaron unas cifras que oscilaban entre el 2 % y el 4 %», aunque no recordaba que se hubiese mencionado el 3 % (considerando 96 de la Decisión impugnada).
- 36 Basándose en estas pruebas, la Comisión consideró que «los bancos que participaron en la reunión del 15 de octubre de 1997 acordaron introducir una comisión global de alrededor del 3 % (para recuperar el 90 % de los ingresos) a partir del 1 de enero de 1999» y que este acuerdo «tenía por objeto y efecto restringir la

competencia en la Comunidad» (considerandos 120 y 128 de la Decisión impugnada). Este acuerdo se celebró para ser aplicado durante el período transitorio (considerando 173 de la Decisión impugnada).

37 Según el artículo 1 de la Decisión impugnada, Commerzbank, Dresdner Bank, HVB, DVB y VUW infringieron el artículo 81 CE «al participar en un acuerdo cuyo objeto era: a) determinar la forma de cobrar el cambio de billetes de banco de la zona del euro (es decir, establecer una comisión porcentual) y b) fijar el nivel del precio recomendado en torno al 3 % (para recuperar el 90 % de los ingresos del margen de cambio) durante el período transitorio que se iniciaba el 1 de enero de 1999».

38 Al considerar que se trataba de una infracción grave con una duración aproximada de cuatro años, la Comisión impuso las siguientes multas (artículo 3 de la Decisión impugnada):

Commerzbank	28.000.000 euros
Dresdner Bank	28.000.000 euros
HVB	28.000.000 euros
DVB	14.000.000 euros
VUW	2.800.000 euros

39 El demandante recibió la comunicación de la Decisión impugnada el 19 de diciembre de 2001.

Procedimiento

- 40 El demandante interpuso el presente recurso mediante demanda presentada en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 28 de febrero de 2002.
- 41 La Comisión, tras recibir la notificación de la demanda, no presentó el escrito de contestación a la misma dentro del plazo establecido al efecto. Mediante escrito presentado en la Secretaría el 25 de junio de 2002, el demandante pidió al Tribunal de Primera Instancia que dictase sentencia estimatoria en rebeldía, de conformidad con el artículo 122, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia. El Secretario notificó esta petición a la Comisión.
- 42 En consecuencia, el Tribunal de Primera Instancia debe dictar sentencia en rebeldía. Al no plantearse ninguna duda sobre la admisibilidad de la demanda y al haberse observado debidamente las formalidades, debe verificar, con arreglo al artículo 122, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, si las pretensiones del demandante parecen fundadas.

Pretensiones de la parte demandante

- 43 El demandante solicita al Tribunal de Primera Instancia que:

— Anule la Decisión impugnada en lo que al demandante se refiere.

— Con carácter subsidiario, anule la multa que se le impuso o reduzca su importe.

- Condene en costas a la Comisión.

Fundamentos de Derecho

44 Los principales motivos alegados en la demanda versan sobre las siguientes cuestiones:

- diversas vulneraciones del derecho de defensa que se produjeron durante el procedimiento administrativo;
- errores de hecho y de Derecho en la apreciación de la existencia de una infracción del artículo 81 CE;
- la participación del demandante en la infracción;
- la imputabilidad de la infracción;
- la motivación de la Decisión impugnada;
- desviación de poder;
- el cálculo del importe de la multa.

- 45 A efectos de la presente sentencia en rebeldía, hay que analizar prioritariamente los motivos mediante los cuales el demandante niega la existencia de un acuerdo al cuestionar la veracidad de las apreciaciones realizadas por la Comisión en cuanto a los hechos.

Sobre los hechos

- 46 El demandante alega esencialmente que en la reunión del 15 de octubre de 1997 no se celebró ningún acuerdo sobre la estructura de las comisiones de cambio ni sobre su importe. Según el demandante, la Comisión no acreditó con arreglo a Derecho los hechos que fundamentaron su apreciación de la existencia de una infracción.

Sobre el acuerdo relativo a la estructura de las comisiones de cambio

Alegaciones del demandante

- 47 Con carácter preliminar, el demandante invoca un incumplimiento de la obligación de motivación. Afirma que, en lo que respecta al acuerdo sobre la estructura de las comisiones de cambio, la Decisión impugnada es ambigua y oscura, de tal modo que dificulta la preparación por parte del demandante de su defensa frente a la misma.

- 48 El demandante señala que el contenido de ese supuesto acuerdo no puede deducirse claramente de la Decisión impugnada y que su tenor literal puede ser objeto de dos interpretaciones distintas. Según la primera, el supuesto acuerdo sólo tenía por objeto autorizar una comisión proporcional, excluyendo cualquier modalidad de

comisión fija. Según la segunda interpretación propuesta por el demandante, el supuesto acuerdo se refería a la eliminación de los diferenciales y a su sustitución por el cobro de una comisión separada del tipo de cambio y proporcional al importe canjeado.

- 49 No obstante, cualquiera que sea la interpretación elegida, el demandante alega, en cuanto al fondo, que el hecho de facturar comisiones de cambio proporcionales al volumen canjeado no es más que la consecuencia de la adopción de tipos irrevocables de conversión. Es este último factor el que origina la eliminación de los diferenciales y la transparencia que persiguen la Comisión y el Bundesbank. Por lo tanto, según el demandante, ninguna de las interpretaciones anteriores permite concluir que exista un acuerdo ilícito.
- 50 Por lo que respecta a la interpretación con arreglo a la cual la Decisión impugnada se basa en la tesis de la existencia de un acuerdo para eliminar los diferenciales, el demandante admite la existencia de un acuerdo en este sentido, pero rechaza que el mismo pueda restringir la competencia.
- 51 El demandante comienza señalando que la eliminación de los diferenciales es una consecuencia directa de lo dispuesto en el artículo 4, apartado 3, del Reglamento nº 1103/97, como reconoció la propia Comisión en la Decisión impugnada (considerandos 37 y siguientes y 139 y siguientes de la Decisión impugnada).
- 52 A continuación, el demandante indica que la eliminación de los diferenciales se ajusta al objetivo perseguido por la Recomendación de la Comisión de 23 de abril de 1998. En consecuencia, un supuesto acuerdo en el que los bancos expresen su voluntad de ajustarse a lo establecido en esta Recomendación de la Comisión no puede tener efectos apreciables en la competencia y además debería haberse declarado exento. El demandante estima que el hecho de que el Bundesverband deutscher Banken afirmase, en 1997, que el diferencial no era ilícito *ipso iure* es

irrelevante a estos efectos, dado que esta asociación aceptó posteriormente la Recomendación de la Comisión de 23 de abril de 1998.

53 Para terminar, el demandante alega que la Comisión no explicó en qué consistía el supuesto acuerdo sobre la estructura de las comisiones de cambio. Es cierto que en el considerando 113 de la Decisión impugnada se indica que Landesbank Hessen Thüringen admitió haber llegado a un acuerdo en la reunión de 15 de febrero de 1997 sobre la «estructura de las tarifas». No obstante, parece que Landesbank Hessen Thüringen simplemente señaló que era «difícil» plantear una estructura que no fuese la proporcional, refiriéndose probablemente a la cuestión de la eliminación de los diferenciales. El demandante añade que la Comisión consideró, sin más explicaciones, que cada banco debe decidir de manera independiente sobre la estructura de las comisiones que aplica por sus servicios (considerando 114 de la Decisión impugnada).

54 En cuanto a la interpretación conforme a la cual la Decisión impugnada se refiere a un acuerdo sobre una comisión proporcional, excluyendo cualquier componente fijo, el demandante estima que nunca existió un acuerdo al respecto. Los participantes en la reunión del 15 de octubre de 1997 debatieron las posibles estructuras de comisiones que iban a sustituir a los diferenciales. El demandante señala que los participantes no llegaron a plantearse fórmulas que fuesen más allá de las habitualmente aplicadas en el sector (comisión proporcional, combinada o no con un volumen mínimo o con una comisión fija).

55 Este es el motivo, según el demandante, por el que el Sr. [C], empleado de VUW presente en la reunión, estimó que ésta había sido poco enriquecedora. Por ese mismo motivo, el acta [B] indica que había «consenso» en cuanto a la aplicación en las operaciones de cambio de «tipos de cambio fijos» (es decir, de los tipos irrevocables de conversión), «más/menos» una comisión indicada por separado. El demandante sostiene que la mención de que las comisiones se calcularán en forma de porcentaje se refería únicamente a la eliminación de los diferenciales, no a las comisiones fijas.

56 El demandante alega que el acta [A] (considerando 88 de la Decisión impugnada) también confirma este extremo:

«Tras un debate extraordinariamente breve, todos los presentes están convencidos de que el margen del tipo de cambio en las monedas de la zona del euro va a desaparecer y que tanto el valor del dinero cambiado como la comisión aplicada tendrán que ser claramente reconocibles.»

57 En el mismo sentido, de acuerdo con el acta [B]:

«Para los clientes particulares habrá un tipo de cambio fijo para las monedas de la zona del euro y la tasa o comisión se calculará por separado. La tasa o comisión se calculará como porcentaje del valor de la operación de cambio.»

58 Adicionalmente, el demandante alega que, en el supuesto de que hubiese existido un acuerdo para establecer una comisión exclusivamente proporcional, éste nunca se llegó a ejecutar. En efecto, el demandante, como la mayoría de los participantes en la reunión del 15 de octubre de 1997, aplicó una comisión fija en aproximadamente el 70 % de sus operaciones de cambio. El demandante añade que celebrar un acuerdo de este tipo con quince meses de antelación al inicio del período transitorio constituiría una insensatez.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 59 Según reiterada jurisprudencia, para que exista acuerdo a efectos del artículo 81 CE, apartado 1, basta con que las empresas de que se trate hayan expresado su voluntad común de comportarse de una determinada manera en el mercado (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1970, *Chemiefarma/Comisión*, 41/69, Rec. p. 661, apartado 112, y de 29 de octubre de 1980, *Van Landewyck y otros/Comisión*, asuntos acumulados 209/78 a 215/78 y 218/78, Rec. p. 3125, apartado 86; y las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 17 de diciembre de 1991, *Hercules Chemicals/Comisión*, T-7/89, Rec. p. II-1711, apartado 256, y de 26 de octubre de 2000, *Bayer/Comisión*, T-41/96, Rec. p. II-3383, apartado 67).
- 60 Por lo que respecta a la forma de expresión de dicha voluntad común, basta con que una estipulación sea la expresión de la voluntad de las partes de comportarse en el mercado de conformidad con sus términos (véanse, en este sentido, las sentencias *Chemiefarma/Comisión*, antes citada, apartado 112; *Van Landewyck y otros/Comisión*, antes citada, apartado 86, y *Bayer/Comisión*, antes citada, apartado 68).
- 61 De ello resulta que el concepto de acuerdo en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, tal como ha sido interpretado por la jurisprudencia, se basa en la existencia de una concordancia de voluntades entre por lo menos dos partes, cuya forma de manifestación carece de importancia siempre y cuando constituya la fiel expresión de tales voluntades (sentencia *Bayer/Comisión*, antes citada, apartado 69).
- 62 Es preciso analizar si el demandante ha acreditado con arreglo a Derecho la existencia de datos que permitan cuestionar la validez de los fundamentos en los que se apoya la Comisión para apreciar la existencia de una concordancia de voluntades entre los participantes en la reunión del 15 de octubre de 1997 dirigida a fijar la estructura de las comisiones de cambio de efectivo.

- 63 Este último aspecto del acuerdo objeto de sanción está recogido en los considerandos 95, 96, 114, 115, 132 y 184 de la Decisión impugnada, aunque el análisis de la Comisión se centró esencialmente en la cuestión de la fijación del importe de las comisiones.
- 64 Debe señalarse que la interpretación sugerida por el demandante según la cual la infracción contemplada en el artículo 1 de la Decisión impugnada relativa a un acuerdo para determinar la forma de cobrar las comisiones de cambio puede referirse a la eliminación de los diferenciales no es plausible. Los considerandos 38 y 139 de la Decisión impugnada, de los que se desprende que la eliminación de los diferenciales era una consecuencia de la entrada en vigor de los tipos irrevocables de conversión, contradicen directamente el carácter de infracción de dicho acuerdo.
- 65 En efecto, la Comisión manifestó que «la fijación irrevocable de los tipos de cambio a partir del 1 de enero de 1999 significó la abolición de los diferentes tipos de compra y de venta, es decir, del diferencial como medio para expresar la comisión sobre el cambio de monedas de la zona del euro» (considerando 38 de la Decisión impugnada). Además, la Comisión rechazó las alegaciones de que el objeto de la reunión del 15 de octubre de 1997 consistió en analizar la cuestión del mantenimiento de los diferenciales durante el período transitorio afirmando que «ya desde 1995 se sabía que los tipos de cambio se fijarían de forma irrevocable y que solamente podrían utilizarse esos tipos fijos» y que «como consecuencia directa de esta disposición, el uso de “diferenciales” no estaría permitido, y toda comisión se debería indicar de forma explícita y transparente» (considerando 139 de la Decisión impugnada).
- 66 Por otra parte, la Comisión señaló que la entrada en vigor de los tipos irrevocables de conversión fue lo que originó la parte de la infracción relativa a la fijación del importe de las comisiones de cambio. En este sentido, en el apartado de la Decisión impugnada dedicado a la evaluación jurídica, la Comisión estimó que se llegó a un acuerdo sobre los precios «con el objetivo de recuperar en torno al 90 % de los ingresos que se iban a dejar de percibir tras la abolición del diferencial el 1 de enero de 1999» (considerando 116 de la Decisión impugnada; véase también el considerando 130).

67 En lo que respecta a las pruebas de la existencia de un acuerdo para la aplicación de una comisión exclusivamente proporcional, la Comisión indicó lo siguiente (considerando 95 de la Decisión impugnada):

«Por lo que se refiere al negocio minorista, el acta [B] indica que había consenso en cuanto al uso de tipos de cambio fijos para monedas de la zona del euro (es decir, sin tipos de cambio de compra y de venta) con una tasa en forma de comisión expresada en porcentaje. El método de cálculo para la conversión entre monedas de la zona del euro sería decidido individualmente por cada banco: “[...] Respecto del establecimiento de tipos de cambio y precios de las operaciones de divisas en la fase 3a (1.1.1999 a 1.1.2002) de la UEM, se alcanzó un consenso sobre los siguientes puntos:

1. Operaciones con particulares

[...]

— La tasa o comisión se calculará como porcentaje del valor de la operación de cambio. [...]”»

68 La Comisión observó que «[las actas [B] y [A]] se corresponden en cuanto a que la comisión a los clientes revestirá la forma de un porcentaje» (considerando 96 de la Decisión impugnada).

- 69 Las pruebas anteriores, por sí solas, son en cualquier caso insuficientes para acreditar la existencia de un acuerdo de voluntades sobre la aplicación de una comisión exclusivamente proporcional al volumen canjeado. El fragmento del acta [B] en el que se apoya la Comisión (considerando 95 de la Decisión impugnada) no demuestra de forma convincente que se adoptase un acuerdo sobre la forma de expresar las comisiones de cambio aplicable a todos los participantes en la reunión del 15 de octubre de 1997, y ello debido a los tres motivos siguientes.
- 70 En primer lugar, la interpretación del acta [B] que la Comisión propone como prueba de la existencia de un acuerdo sobre la estructura de las comisiones de los servicios de cambio fue rechazada durante la fase del procedimiento administrativo por los participantes en la reunión del 15 de octubre de 1997 (considerando 112 de la Decisión impugnada). En consecuencia, no puede considerarse que el acta [B], a falta de otras pruebas que la respalden, constituya una prueba irrefutable de la existencia de un acuerdo sobre esta cuestión (véase, por analogía, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de mayo de 1998, Enso-Gutzeit/Comisión, T-337/94, Rec. p. II-1571, apartado 91).
- 71 En segundo lugar, el acta [B] no contiene pruebas ni indicios concluyentes que permitan concluir que existió un acuerdo de «normalización de las estructuras de tarifas», expresión utilizada por la Comisión en el considerando 114 de la Decisión impugnada. Al contrario, el pasaje del acta [B] en el que se apoya la Comisión puede prestarse, en el contexto del presente asunto, a otras interpretaciones que resultan, en principio, creíbles, a la vista de los argumentos del demandante.
- 72 Por una parte, puede perfectamente interpretarse que ese pasaje expresa la existencia de un consenso entre los bancos sobre la necesidad de renunciar a la aplicación de los diferenciales debido a la evolución de la normativa relativa al euro. Como se ha recordado anteriormente, la obligación de utilizar los tipos irrevocables de conversión tuvo como consecuencia que se hiciese necesario utilizar un mecanismo de indicación del precio de los servicios de cambio de moneda distinto de dichos tipos.

73 Por otra, el acta [A] contiene elementos que cuestionan seriamente, e incluso contradicen directamente, la interpretación de la Comisión de que existía un acuerdo de «normalización de las estructuras de tarifas» de los servicios de cambio de moneda. En concreto, del acta [A] se desprende que, en la reunión del 15 de octubre de 1997, los bancos se plantearon la cuestión de si la utilización obligatoria de los tipos irrevocables de conversión obligaría a los bancos a aplicar la misma comisión en el cambio de todas las monedas nacionales o si, por el contrario, sería posible aplicar una comisión diferenciada para cada una de estas monedas. La Comisión consideró, en efecto, que «como no se alcanzó un consenso absoluto en torno a la cuestión de si debía aplicarse una sola comisión o comisiones diferentes por moneda, los participantes decidieron informar al Bundesbank de que [...] “cada uno de los bancos presentes decidirá por sí mismo la forma que revestirá su futura estructura de comisiones”» (considerandos 89 y 103 de la Decisión impugnada). Esta última frase recogida en el acta [A] descarta por tanto la tesis de la existencia de un acuerdo sobre la estructura de las comisiones.

74 En tercer lugar, es preciso señalar, como lo hace el demandante, que, a primera vista, resulta natural expresar el precio de los servicios de cambio de moneda en términos de una comisión «porcentual» (considerando 115 de la Decisión impugnada). A este respecto, puede observarse que, en la Decisión impugnada, la propia Comisión utiliza porcentajes para indicar, en la nota a pie de página 43 (considerando 102 de la Decisión impugnada), los precios aplicados bajo el sistema de diferenciales. Además, resulta lógico que se aplicase una comisión proporcional teniendo en cuenta que los gastos soportados por los bancos para la prestación de los servicios de cambio de moneda (transporte, manipulación, almacenamiento) tienden a aumentar en función del volumen canjeado. De esta forma, la adopción de un porcentaje del importe canjeado como forma de expresar los precios está, en principio, más vinculada a la naturaleza de los servicios en cuestión que a ningún acuerdo de voluntades.

75 La Comisión rechazó las alegaciones de los bancos, coincidentes, en lo sustancial, con lo anteriormente expuesto, debido a que no era «lógico ni natural que cada banco transformara por su cuenta el diferencial en una comisión porcentual» y que, «de hecho, parece que Deutsche Bank consideró en un principio la posibilidad de

establecer un servicio gratuito» (considerando 115 de la Decisión impugnada). Sin embargo, hay que reconocer que esta refutación no está argumentada ni respaldada. En cuanto a la mención relativa a la política seguida por Deutsche Bank, no es pertinente, puesto que no se refiere a la estructura de las comisiones de los servicios de cambio sino a la posible renuncia de un competidor a cobrar por sus servicios durante el período transitorio.

76 Por otra parte, no puede interpretarse que la Decisión impugnada se refiera a un acuerdo por el que los bancos pretendieron adoptar una estructura de comisiones estrictamente proporcional al volumen canjeado, excluyendo cualquier elemento fijo. En efecto, la Decisión impugnada no contiene ninguna declaración unívoca en este sentido. Además, del considerando 147 de la Decisión impugnada se desprende claramente que la Comisión sabía que ciertos bancos estaban aplicando una comisión que asociaba un elemento fijo (expresado en forma de importes mínimos) con un elemento variable calculado como un porcentaje del importe canjeado. Así pues, al adoptar el 11 de diciembre de 2001, unos días antes del final del período transitorio, la Decisión impugnada, la Comisión no ignoraba que varios bancos estaban aplicando comisiones compuestas de una parte proporcional al volumen y de una parte fija.

77 En estas circunstancias, hay que admitir, a la vista de la demanda, que el demandante ha conseguido demostrar que la Comisión no acreditó con arreglo a Derecho la existencia de un acuerdo sobre la estructura de las comisiones del servicio de cambio de efectivo. Al no haberse acreditado la existencia de un acuerdo de voluntades sobre esta cuestión, procede anular el artículo 1 de la Decisión impugnada en la medida en que se refiere a un acuerdo cuyo objeto era «determinar la forma de cobrar el cambio de billetes de banco de la zona del euro (es decir, establecer una comisión porcentual)». No es necesario analizar el resto de motivos formulados por el demandante, ni en particular los relativos a la falta de pruebas de la naturaleza contraria a la competencia del supuesto acuerdo y a la motivación de la Decisión impugnada al respecto.

Sobre el acuerdo relativo al importe de las comisiones de cambio

Recordatorio de la Decisión impugnada

- 78 La Comisión se basó en las actas [A] y [B] para reconstruir el contenido de lo tratado en la reunión del 15 de octubre de 1997 y deducir que en la misma se llegó a un acuerdo de fijación de precios. Según la Decisión impugnada, de estas dos actas se desprende que los participantes analizaron las siguientes cuestiones relativas al período transitorio:
- la cuestión del cobro de comisiones por los servicios de cambio de efectivo (considerandos 87 y 95 de la Decisión impugnada);
 - el mantenimiento de los diferenciales (considerandos 86, 88, 93 y 95 de la Decisión impugnada);
 - la aplicación de una comisión uniforme para todas las subunidades del euro o la aplicación de una comisión distinta para cada una de ellas (considerandos 89 y 103 de la Decisión impugnada);
 - el método de cálculo (cambio directo o indirecto) del cambio entre las subunidades del euro (considerandos 90 y 95 de la Decisión impugnada);
 - los servicios interbancarios de cambio de efectivo (considerandos 91, 94 y 97 de la Decisión impugnada).

- 79 En cambio, las actas [A] y [B] no coinciden en cuanto a si se trató la cuestión del importe de las comisiones de cambio de efectivo durante el período transitorio. En efecto, la Decisión impugnada indica, basándose en el acta [A], que se debatió la fijación de un porcentaje en torno al 3 % (considerando 89 de la Decisión impugnada) o, cuando menos, que estuviera comprendido entre el 2 y el 4 %, mientras que el acta [B] no contiene ninguna mención al respecto (considerandos 96, 106 y 107 de la Decisión impugnada).
- 80 No obstante, la Comisión estimó que el acta [A] quedaba confirmada por las declaraciones realizadas durante la audiencia por Bayerische Landesbank (considerandos 96, 107 y 119 de la Decisión impugnada).
- 81 En su evaluación jurídica, la Comisión consideró que los participantes en la reunión del 15 de octubre de 1997 se pusieron de acuerdo en fijar en torno al 3 % la comisión aplicable a los servicios de cambio de efectivo durante el período transitorio (considerandos 102 y 104 de la Decisión impugnada).
- 82 La Comisión rechazó las objeciones planteadas por algunos de los destinatarios del pliego de cargos, entre ellos el demandante, en el sentido de que las pruebas invocadas no eran suficientes. Estimó, en efecto, que el acta [A], redactada cuando se celebró la reunión del 15 de octubre de 1997, quedaba confirmada por las declaraciones de Bayerische Landesbank y de Commerzbank (considerandos 118 a 120 de la Decisión impugnada).
- 83 Algunas de las empresas destinatarias alegaron, sin éxito, que habría sido en cualquier caso una insensatez celebrar tal acuerdo porque había sido prematuro, teniendo en cuenta el tiempo que aún quedaba para el inicio del período transitorio. No obstante, la Comisión rechazó estas objeciones por considerar que el acta [A] demuestra que los participantes entendieron que el inicio del período transitorio era inminente (considerandos 122 a 124 de la Decisión impugnada).

- 84 Los bancos inculpados mantuvieron que, en la práctica, no habían aplicado una comisión en torno al 3 % y que establecieron sus comisiones de forma autónoma. La Comisión rechazó este argumento, al estimar, por una parte, que la infracción había quedado acreditada sobre la base de pruebas documentales y no a partir de una conducta paralela de las empresas en el mercado y, por otra, que el acuerdo eliminaba o reducía de forma significativa las incertidumbres respecto a la conducta de los bancos competidores, hasta tal punto que ninguno de los bancos participantes aplicó comisiones inferiores al 3 % (considerandos 125 a 127 de la Decisión impugnada).
- 85 Por último, la Comisión rechazó todos los argumentos mediante los cuales dichos bancos intentaron demostrar que la reunión del 15 de octubre de 1997 no tuvo por objeto la celebración de un acuerdo de fijación horizontal de precios.
- 86 En este sentido, la citada institución rechazó las alegaciones relativas a que el objetivo de la reunión era que las empresas pudieran afrontar la incertidumbre existente en torno a la interpretación del artículo 52 de los Estatutos del SEBC. La Comisión estimó, en efecto, que las conversaciones que pudieron mantener los bancos participantes con el Bundesbank en relación con el artículo 52 de los Estatutos del SEBC no versaron sobre las comisiones aplicables durante el período transitorio (considerandos 133 a 135 de la Decisión impugnada).
- 87 La Comisión refutó también la tesis de que la reunión del 15 de octubre de 1997 tenía como finalidad reducir la incertidumbre normativa derivada de la transición al euro y suponía de esta forma una continuación de la mesa redonda del 15 de mayo de 1997, organizada por la Comisión. Ésta subrayó esencialmente que la mesa redonda no trató el asunto de las comisiones de cambio aplicadas por los bancos (véase el informe del grupo de expertos de 20 de noviembre de 1997) (considerandos 136 y 137 de la Decisión impugnada).
- 88 La Comisión no aceptó las alegaciones relativas a que la reunión tuvo como objeto la cuestión de si se podía mantener el diferencial como forma de cobro durante el período transitorio. Consideró, en efecto, que desde 1995 «se sabía que los tipos de cambio se fijarían de forma irrevocable y que solamente podrían utilizarse esos tipos

fijos». Como consecuencia directa de esta situación, según la Comisión, el uso de diferenciales no estaría permitido a partir del inicio del período transitorio. Señaló también, a mayor abundamiento, que en una reunión que tuvo lugar el 15 de septiembre de 1997, el Bundesbank había despejado cualquier duda sobre esta cuestión (considerandos 138 a 140 de la Decisión impugnada).

89 La Comisión rechazó los argumentos mediante los cuales varios bancos intentaban demostrar que el tema de la reunión del 15 de octubre de 1997 fue el de los servicios interbancarios y no el de los servicios de cambio de efectivo al por menor. En efecto, el acta [B] recoge comentarios relativos a esta última clase de servicios (considerandos 141 a 143 de la Decisión impugnada).

90 La Comisión estimó que no era necesario analizar si la aplicación del acuerdo tuvo como efecto restringir la competencia, puesto que ya se había acreditado que su objeto era contrario a la competencia. No obstante señaló, a mayor abundamiento, que los importes de las comisiones aplicadas por los destinatarios de la Decisión impugnada estaban comprendidos entre el 3 y el 4,5 % (considerandos 144 a 148 de la Decisión impugnada).

Alegaciones del demandante

91 El demandante sostiene que la Comisión no acreditó los hechos cuya existencia alega. El demandante desmiente esencialmente que en la reunión del 15 de octubre de 1997 se produjese una concertación sobre los precios de las comisiones de cambio de efectivo al por menor. Rechaza también el valor probatorio de los documentos invocados por la Comisión. En particular, el demandante invoca varios argumentos para demostrar que la reunión tuvo como finalidad despejar determinadas incertidumbres normativas y técnicas derivadas de la transición al euro y que afectaban principalmente a los servicios interbancarios de cambio de efectivo. Por otra parte, señala que un acuerdo como el descrito por la Comisión carecería de sentido.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 92 En la Decisión impugnada, la Comisión consideró que las conversaciones sobre el importe de las comisiones de cambio constituían un acuerdo prohibido por el artículo 81 CE, de forma que no procede que el Tribunal de Primera Instancia se pronuncie sobre la legalidad de los debates relativos a las incertidumbres jurídicas y técnicas que existían en 1997, especialmente, respecto a la posibilidad de cobrar comisiones por los servicios de cambio durante el período transitorio, a la eliminación de los diferenciales, al método de cálculo del cambio (cambio directo o indirecto) y a la utilización de un tipo de comisión único para todas las monedas de los Estados miembros participantes.
- 93 La Comisión insistió en el hecho de que la apreciación de la existencia de la infracción estaba basada en pruebas documentales (considerandos 62, 120, 126, 142 y 158 de la Decisión impugnada). En cualquier caso, la prueba de las conversaciones relativas a la fijación del precio de las comisiones de cambio de efectivo al por menor está constituida por un solo documento, el acta [A]. La Decisión impugnada no menciona ninguna otra prueba documental para acreditar la existencia de conversaciones sobre dicha cuestión.
- 94 A pesar de ello, la Comisión consideró, a mayor abundamiento, que el acta [A] quedaba confirmada por otros dos medios que estimaba probatorios: en primer lugar, por las declaraciones que realizaron en la audiencia dos de los participantes en la reunión de que se trata y, en segundo, por la conducta de los participantes en el mercado.
- 95 A la vista de lo anterior, es preciso analizar si el demandante ha conseguido acreditar con arreglo a Derecho la existencia de circunstancias que permitan cuestionar la validez de las apreciaciones fácticas realizadas por la Comisión sobre la existencia de una concordancia de voluntades entre los participantes en la reunión del 15 de octubre de 1997 respecto a la fijación de los precios de los servicios de que se trata, teniendo en cuenta el acta [A], las declaraciones de Commerzbank y de Bayerische Landesbank y la conducta de los participantes en el mercado.

— Sobre el acta [A]

- 96 La apreciación de la existencia de una infracción se basa en la prueba documental siguiente, extraída del acta [A] y que se recoge en el considerando 89 de la Decisión impugnada:

«Los bancos presentes en la reunión expresan su intención de reemplazar sus actuales ingresos en concepto de márgenes por unos ingresos en concepto de comisiones hasta un nivel de aproximadamente el 90 %. Según los bancos, esto implica una comisión total en torno al 3 %.»

- 97 La cita anterior es difícil de interpretar y no permite, por sí sola, comprender cómo podía afectar a los «ingresos» generados por las comisiones de cambio la modificación de la forma de fijación de dichas comisiones. Es por ello necesario referirse a la totalidad del apartado del que se extrajo la cita. Éste figura transcrito en el considerando 89 de la Decisión impugnada y está redactado de la siguiente forma:

«Diferenciación en la tarificación de monedas de la zona del euro

La actual política de tarificación en el mercado de cambios alemán es más o menos la misma en todos los bancos. Esto significa, por ejemplo, que comprar y vender chelines austriacos es barato, mientras que la lira italiana es muy cara. El Sr. [...] de Commerzbank piensa que debe permitirse que se mantenga esta diferencia de precios entre las diversas monedas de zona del euro. Sostiene que como los márgenes actuales pueden considerarse una consecuencia de los mecanismos del mercado, esta fijación de precios se podría trasladar tal cual a una estructura de comisiones diferenciadas. En este punto, el Sr. [...] (Bayerische Landesbank) señala que la diferenciación entre monedas sólo puede justificarse porque los niveles de riesgo de cambio implícitos son distintos. Este argumento ya no será válido después

del 1 de enero de 1999, cuando todas las monedas de la zona del euro deberán considerarse denominaciones del euro. El Sr. [...] añade a este respecto que no es tanto el mecanismo de mercado el que ha influido en la política de márgenes actual, sino que esta política más bien es el resultado de un acuerdo tácito sobre los tipos de cambio. La encuesta del [Instituto Monetario Europeo (IME)] citada por el Sr. [...], en la que se indica que los costes del sistema bancario alemán sólo descenderán un 10 % con la puesta en circulación del euro, demuestra que la fijación de precios en el mercado de cambios no se originó en los [mecanismos del mercado]. Esto también apunta a un oligopolio más que a un polipolio.

Por consiguiente, la sustitución del actual acuerdo tácito sobre unos márgenes diferenciados por un acuerdo tácito de comisiones diferenciadas no tiene por qué desembocar en grandes trastornos o en pérdidas importantes de beneficios. El Sr. [...] coincide plenamente con esta apreciación.

A falta de un consenso total de los reunidos sobre si debe introducirse una única comisión o una comisión para cada moneda, se comunicará lo siguiente al Bundesbank:

“Cada uno de los bancos presentes decidirá por sí mismo la forma que revestirá su futura estructura de comisiones.”

Los bancos presentes en la reunión expresan su intención de reemplazar sus actuales ingresos en concepto de márgenes por unos ingresos en concepto de comisiones hasta un nivel de aproximadamente el 90 %. Según los bancos, esto implica una comisión total en torno al 3 %.»

- 98 Este apartado aborda la cuestión de si los bancos iban a poder seguir facturando los servicios de cambio de efectivo, durante el período transitorio, con arreglo a las características particulares del mercado existente para cada una de las monedas o si la implantación del euro escritural el 1 de enero de 1999 obligaría a utilizar la misma comisión para todas las monedas de los Estados miembros participantes. Por consiguiente, el apartado transcrito no se refiere a la cuestión de la determinación del importe de las comisiones sino a la de si debía establecerse una comisión única, aplicable a todas las antiguas monedas nacionales afectadas, o una comisión distinta para cada moneda. En el mismo se refleja que las partes no llegaron a un acuerdo sobre este extremo.
- 99 La cita utilizada por la Comisión para probar la existencia de un acuerdo ilícito suscita tres comentarios.
- 100 En primer término, la alusión del acta [A] a la desaparición de los «márgenes» parece referirse a la eliminación del sistema de diferenciales tras la entrada en vigor de los tipos irrevocables de conversión el 1 de enero de 1999. En efecto, los participantes estaban de acuerdo sobre la necesidad de reemplazar este sistema por la utilización de comisiones de cambio explícitamente indicadas y diferenciadas del tipo irrevocable de conversión aplicado (véanse los considerandos 88, 93 y 95 de la Decisión impugnada).
- 101 A continuación, como ha alegado el demandante, la referencia al mantenimiento del 90 % de los «ingresos» generados por el sistema de «márgenes» debe interpretarse teniendo en cuenta el contexto en el que se desarrolló dicha reunión. Este punto no se refiere a que se tratase de garantizar a los participantes en la reunión un determinado nivel de «ingresos» sino que se deriva directamente de la eliminación del riesgo de cambio.
- 102 En efecto, de la demanda se desprende que la fijación de tipos irrevocables de conversión tenía como consecuencia la eliminación del riesgo de cambio a partir del inicio del período transitorio. Como consecuencia de la desaparición de las

fluctuaciones de los tipos de cambio, se eliminaron los costes soportados por los operadores que prestaban servicios de cambio de efectivo debidos a la volatilidad de los tipos que había existido hasta ese momento. En su informe de 23 de abril de 1997 (considerando 75 de la Decisión impugnada; véase el anexo 23 de la demanda), el IME realizó una estimación de los ahorros de costes que se producirían como consecuencia de la eliminación del riesgo de cambio. En este sentido, el citado Instituto consideró que los costes de los servicios de cambio en Alemania podían agruparse en cuatro categorías, en los siguientes porcentajes:

- riesgo del tipo de cambio: del 5 al 10 %;
- costes de repatriación (seguro y transporte): del 5 al 10 %;
- costes de transacción (salarios; manipulación, administración): del 70 al 85 %;
- costes de «oportunidad» (mantenimiento de reservas de dinero en moneda extranjera): del 5 al 10 %.

¹⁰³ El IME estimó que la desaparición del riesgo de cambio podía suponer una disminución del coste –y en consecuencia de los precios– de los servicios de cambio de efectivo del orden del 5 al 10 %. Este informe, aunque no fue publicado en el Diario Oficial por el IME, fue ampliamente difundido a las organizaciones representativas del sector bancario, como se señala en el considerando 75 de la Decisión impugnada.

¹⁰⁴ El resultado del análisis del IME no fue cuestionado, dado que, en una mesa redonda organizada por la Comisión, los representantes del sector bancario adujeron que, durante el período transitorio, «si bien desaparecerá el riesgo del tipo de cambio y, por tanto, se reducirán los costes en torno al 20 %, otros costes permanecerán»

(Mesa redonda sobre los aspectos prácticos de la transición al euro: resumen y conclusiones; datos mencionados en el considerando 41 de la Decisión impugnada).

105 Por ello, la interpretación que realiza el demandante del acta [A] resulta convincente. Debe admitirse que, al mencionar el 90 %, el acta [A] se refiere a la reducción cercana al 10 % de los costes de los servicios de cambio de efectivo como consecuencia de la eliminación del riesgo de cambio. Teniendo en cuenta esta reducción, las comisiones percibidas durante el período transitorio deberían también reducirse en un 10 %, de forma que pudiesen cubrir un 90 % de los costes existentes hasta ese momento.

106 Por último, por lo que respecta al fragmento del acta [A] que menciona una comisión en torno al 3 %, el demandante alega que sólo implica, como máximo, una alusión a la situación del mercado, coincidente con los datos del IME.

107 El argumento anterior resulta fundado. En efecto, en su informe de 23 de abril de 1997, el IME facilitó una indicación de la amplitud del diferencial entre los tipos de compra y de venta y distinguió, a estos efectos, entre tres grupos de divisas:

— grupo 1 [franco belga (BEF), marco alemán (DEM), florín neerlandés (NLG), chelín austriaco (ATS) y franco francés (FRF)]: diferencial pequeño, inferior al 2 %;

— grupo 2 [libra esterlina (GBP), lira italiana (ITL), peseta española (ESP), escudo portugués (PTE), corona sueca (SEK) y libra irlandesa (IEP)]: diferencial mediano, comprendido entre el 2 y el 4 %;

— grupo 3 [dracma griega (GRD) frente al resto de monedas]: diferencial grande, superior al 5 %.

108 Los datos anteriores confirman lo alegado por el demandante en el sentido de que la mención de una comisión de cambio «en torno al 3 %», si bien es cierto que se produjo, parece en cualquier caso más relacionada con la situación del mercado que con la existencia de un acuerdo horizontal de fijación de precios.

109 Por otra parte, el demandante ha aportado los testimonios de personas que estuvieron presentes en la reunión del 15 de octubre de 1997, los Sres. [C] (VUW) y [D] (Hamburgische Landesbank), de los que se desprende que, si bien la cuestión del importe de las comisiones de cambio (reducción debida a la desaparición del riesgo de cambio) fue mencionada en la reunión, constituyó, según estos testigos, un tema totalmente secundario, que no derivó en conversaciones sobre la determinación de su importe.

110 Teniendo en cuenta lo anterior, procede considerar que el acta [A] no acredita, de forma concluyente, la existencia de conversaciones para la fijación del precio de las comisiones de cambio de efectivo en torno al 3 %. Es por ello necesario analizar el resto de pruebas citadas por la Comisión en la Decisión impugnada, así como las invocadas por el demandante, para establecer si, confrontadas unas con otras, permiten considerar que la Comisión acreditó la existencia de un acuerdo de fijación de precios.

— Sobre las declaraciones de Commerzbank y de Bayerische Landesbank

111 Según la Decisión impugnada, las declaraciones realizadas en la audiencia por parte de Commerzbank y de Bayerische Landesbank confirman que se trató, como recoge el acta [A], el asunto del porcentaje de comisión (considerandos 96, 107 y 118 a 120

de la Decisión impugnada). En la nota a pie de página 44 de la Decisión impugnada, la Comisión se refiere también a las respuestas al pliego de cargos del demandante, Westdeutsche Landesbank y Hamburgische Landesbank.

- 112 En primer término, hay que señalar que la apreciación de la Comisión de que estas declaraciones confirman la tesis de la existencia de un acuerdo de voluntades sobre la fijación de los precios es discutible. Aunque los bancos en cuestión declararon, por ejemplo, que «los representantes de determinados bancos mencionaron unas cifras que oscilaban entre el 2 y el 4 %» (considerando 107 de la Decisión impugnada), ninguna de las declaraciones confirma expresamente que se debatiese sobre la fijación de un porcentaje de comisión.
- 113 Es cierto que la fijación de una banda de referencia o de un nivel de precios objetivo puede constituir un modo ilícito de fijación de los precios puesto que, en tales circunstancias, los precios ya no son el resultado de decisiones autónomas de los operadores sino de su acuerdo de voluntades. No obstante, las cifras que se aportan («entre el 2 y el 4 %»; «en torno al 3 %»; «entre el 2 y el 6 %»; véanse el considerando 107 de la Decisión impugnada y la nota a pie de página 44) reflejan –como se ha señalado anteriormente– los precios de mercado que había reseñado el IME, son aproximativas y cubren un campo muy amplio (hasta tres veces el mínimo señalado). En consecuencia, su valor probatorio resulta discutible.

— Sobre la conducta de los participantes en el mercado

- 114 A mayor abundamiento, la Comisión consideró que, tras la reunión del 15 de octubre de 1997, los participantes ajustaron los precios que practicaban a los términos del supuesto acuerdo. En los considerandos 147 y 148 de la Decisión impugnada, la Comisión cita los porcentajes aplicados por Dresdner Bank, Commerzbank, HVB, VUW, GWK y Reisebank. Estos porcentajes oscilan entre el 3 y el 4,5 %, y algunos bancos aplicaban por otra parte una comisión fija.

- 115 El demandante rechaza las conclusiones que la Comisión extrae de estos datos. Alega, esencialmente, que la Comisión limitó su análisis a las comisiones porcentuales, sin considerar la parte de sus ingresos correspondiente a las comisiones fijas. Pues bien, según el demandante, esta parte tiene una incidencia significativa sobre la comisión total aplicada, habida cuenta del pequeño importe de las cantidades canjeadas. El demandante mantiene que un análisis correcto de los porcentajes de comisión aplicados entre 1998 y el período transitorio invalida las apreciaciones de la Comisión.
- 116 Los anteriores argumentos resultan pertinentes. En la medida en que la gran mayoría de los servicios de que se trata se refieren a importes inferiores a 200 euros (el pliego de cargos menciona un porcentaje del 70 %, véase el punto 9 del mismo), la facturación de comisiones fijas de 5 o 10 DEM, o de un volumen mínimo de cambio, afecta de forma significativa al importe total efectivamente facturado por los bancos, expresado en forma de porcentaje. En consecuencia, la Comisión no podía limitarse a examinar únicamente la comisión porcentual aplicada, ya que ésta sólo indica de forma parcial el precio soportado por el consumidor.
- 117 El detalle de los baremos utilizados en 1999 por el demandante y por el resto de bancos figura en el apartado 56 del pliego de cargos. Del mismo se desprende que las comisiones aplicadas varían de un banco a otro de forma significativa teniendo en cuenta el coste total de los servicios de cambio (porcentaje de comisión y cantidad fija o volumen mínimo). Por lo que respecta al año 2000, el demandante ha aportado un artículo de prensa que recoge las comisiones aplicadas por los bancos (anexo 25 de la demanda). De este documento se deduce que, para un canje de 100 DEM, el precio que cobraban por sus servicios de cambio 21 bancos alemanes oscilaba entre 0 y 25 DEM. Si la cantidad canjeada era de 1.000 DEM, los precios se situaban entre 0 y 50 DEM. Expresados en términos de porcentajes, los datos anteriores invalidan la apreciación de la Comisión (considerandos 147 y 148 de la Decisión impugnada) de que los destinatarios de la Decisión impugnada alinearon sus precios dentro de una horquilla comprendida entre el 3 y el 4,5 %. Ninguno de los datos aportados permite establecer de forma concluyente que la convergencia de los precios dentro de una «banda» se produjese por razones distintas al libre juego del mercado. Por el contrario, es preciso señalar que, a partir del inicio del período transitorio, las comisiones se redujeron significativamente, lo que puede explicarse por la

eliminación del riesgo de cambio. Esta tendencia se prolongó hasta la finalización del período transitorio, momento en el que se produjo la desaparición del mercado de los servicios de cambio de efectivo entre las monedas de los Estados miembros participantes.

- 118 Por consiguiente, las pruebas en las que se apoyó la Comisión para estimar que la conducta paralela de los bancos participantes en el mercado confirmaba lo recogido en el acta [A] no son convincentes.
- 119 Los motivos de la demanda anteriormente analizados permiten concluir que la Comisión no acreditó con arreglo a Derecho la existencia de un acuerdo, ni en lo que respecta a la fijación de los precios de los servicios de cambio de monedas de la zona del euro durante el período transitorio, ni sobre la estructura de las comisiones. En consecuencia, los motivos relativos a la inexactitud de las apreciaciones en cuanto a los hechos y a la falta de carácter probatorio de las pruebas inculpatorias deben estimarse.
- 120 En consecuencia, procede anular la Decisión impugnada, sin que sea necesario analizar el resto de motivos del recurso.

Costas

- 121 A tenor del artículo 87, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Al haber perdido el proceso la Comisión, procede condenarla en costas, de conformidad con las pretensiones del demandante.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (Sala Quinta)

decide:

- 1) **Anular la Decisión 2003/25/CE de la Comisión, de 11 de diciembre de 2001, en un procedimiento con arreglo al artículo 81 del Tratado CE [Asunto COMP/E-1/37.919 (ex 37.391) — Comisiones bancarias de cambio de monedas de la zona del euro — Alemania], en lo que se refiere al demandante.**

- 2) **La Comisión cargará con todas las costas.**

Lindh

García-Valdecasas

Cooke

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 14 de octubre de 2004.

El Secretario

La Presidenta

H. Jung

P. Lindh

II - 3538

Índice

Antecedentes del litigio	II - 3498
Marco normativo	II - 3498
Decisión impugnada	II - 3505
Procedimiento	II - 3512
Pretensiones de la parte demandante	II - 3512
Fundamentos de Derecho	II - 3513
Sobre los hechos	II - 3514
Sobre el acuerdo relativo a la estructura de las comisiones de cambio	II - 3514
Alegaciones del demandante	II - 3514
Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II - 3518
Sobre el acuerdo relativo al importe de las comisiones de cambio	II - 3524
Recordatorio de la Decisión impugnada	II - 3524
Alegaciones del demandante	II - 3527
Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II - 3528
— Sobre el acta [A]	II - 3529
— Sobre las declaraciones de Commerzbank y de Bayerische Landesbank	II - 3534
— Sobre la conducta de los participantes en el mercado	II - 3535
Costas	II - 3537