



Roj: **SAP B 11507/2008** - ECLI: **ES:APB:2008:11507**

Id Cendoj: **08019370152008100234**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **28/11/2008**

Nº de Recurso: **43/2008**

Nº de Resolución: **435/2008**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **LUIS GARRIDO ESPA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN DÉCIMO-QUINTA

ROLLO Nº 43/2008-1ª

PROCEDIMIENTO ORDINARIO 396/2006

JUZGADO MERCANTIL Nº 2 DE BARCELONA

**SENTENCIA núm.435/08**

Ilmos. Sres. Magistrados

D. IGNACIO SANCHO GARGALLO

D. LUIS GARRIDO ESPA

D. JORDI LLUÍS FORGAS I FOLCH

En Barcelona a veintiocho de noviembre de dos mil ocho.

Se han visto en grado de apelación ante la Sección Decimoquinta de esta Audiencia Provincial los autos de juicio ordinario seguidos con el nº 396/2006 ante el Juzgado Mercantil nº 2 de Barcelona, a instancia de MACCORP EXACT CHANGE S.A., representada por el Procurador D. Ignacio López Chocarro y asistida del Letrado D. Antonio Selas Colorado, contra el BANCO DE SABADELL S.A., representado por la Procuradora Dª. Marta Pradera Rivero y bajo la dirección del Letrado D. Angel Segarra Barrachina, que penden ante esta Sala por virtud del recurso de apelación formulado por la representación procesal de esta última contra la sentencia dictada el 16 de octubre de 2007.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El fallo de la sentencia apelada es del siguiente tenor: "FALLO: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por Don Ignacio López Chocarro, Procurador de los Tribunales y de MACCORP EXACT CHANGE S.A., contra BANCO DE SABADELL S.A., representado por la Procuradora de los Tribunales Doña Marta Pradera Rivero, debo acordar y acuerdo:

1º) Declarar que la demandada BANCO DE SABADELL S.A. ha cometido actos de **competencia desleal**.

2º) Condenar a la demandada a que cese en la actividad obstructiva del normal funcionamiento de MACCORP EXACT CHANGE S.A., manteniendo las cuentas de esta entidad y la misma operativa en los términos expuestos en el fundamento segundo de esta resolución.

3º) No hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales".

SEGUNDO. Contra esa resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, BANCO DE SABADELL S.A., que fue admitido a trámite. La actora presentó escrito de oposición al recurso.



TERCERO. Recibidos los autos se formó el Rollo correspondiente y se procedió al señalamiento de día para votación y fallo, que se celebró el pasado 8 de octubre.

Es ponente el Ilmo. Sr. D. LUIS GARRIDO ESPA.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. I) La actora, Maccorp Exact Change S.A., autorizada a tal efecto y bajo la supervisión del Banco de España, desarrolla la actividad de compraventa de divisas y gestión de transferencias con el exterior, que ha de llevar a cabo cumpliendo las prescripciones del R.D. 2660/1998, de 14 de diciembre, sobre el cambio de moneda en establecimientos abiertos al público distintos de las entidades de crédito, cuyo art. 2.4 dispone que los establecimientos de cambio autorizados (para realizar las operaciones de gestión de la recepción de transferencias recibidas del exterior y gestión de transferencias enviadas al exterior) "deberán canalizar a través de cuentas abiertas en entidades de crédito operantes en España los movimientos de cargos, abonos y liquidación de saldos que se deriven o resulten necesarios para el desarrollo de esta actividad", de tal modo que los establecimientos de cambio, como la actora, deben operar a través de cuentas abiertas en entidades de crédito, las cuales a su vez son competidoras de dichos establecimientos en la realización de tal actividad que comprende el envío de remesas de billetes, tanto más en época reciente debido a la demanda del colectivo de inmigrantes.

Ejercitaba en su demanda acciones para reprimir los actos de **competencia desleal** que imputaba a la demandada, el Banco de Sabadell, por razón de su comportamiento obstructivo o de **obstaculización** desleal al cancelar las cuentas bancarias a través de las cuales la actora debe canalizar tal actividad económica, y por restringir las posibilidades operativas que a tales efectos había contratado con el Banco. Ese comportamiento, observado por la demandada en un contexto de **obstaculización** general por parte de las entidades de crédito capacitadas para prestar el servicio que requiere dicha actividad, se incardinaba en la tipificación general establecida por el art. 5 de la Ley de Competencia desleal, y así mismo en otros tipos especiales, concretamente en el art. 15.2 LCD, por vulnerar los arts. 1 y 6 de la Ley de Defensa de la Competencia; en el art. 16.2 LCD, por explotación de una situación de dependencia económica; y en el art. 14.1 LCD, por inducción a la infracción contractual.

II) Previamente a la presentación de la demanda, la actora solicitó y obtuvo del Juzgado Mercantil la medida cautelar (que esta Sala confirmó) consistente en la suspensión de la decisión del Banco de cancelar las dos cuentas corrientes titularidad de la solicitante a través de las cuales desarrolla la actividad indicada. En fase de ejecución de la medida la actora denunció (y así se ha justificado) que el Banco demandado, una vez había sido notificado de la medida acordada, si bien mantenía las cuentas corrientes, no obstante impedía o bien obstruía el normal desarrollo de la operativa propia de la actora, modificando la actuación contractual hasta entonces observada, concretamente porque rechazaba imposiciones a plazo fijo, exigía que las órdenes se realizaran personalmente en la oficina y no mediante fax, y negaba la compraventa de divisa y el empleo del servicio de banca a distancia que la actora tiene contratado.

Por ello, en la demanda principal, la pretensión de cese en la conducta obstructiva se trasladaba a la súplica interesando la condena del Banco demandado a mantener la operativa de las cuentas en las condiciones en que se venían gestionando desde su apertura, incluyendo la compra de divisas a través de la mesa de tesorería, la contratación de depósitos vía fax, la contratación de imposiciones a plazo fijo en condiciones de mercado y a mantener operativo el servicio de banca a distancia contratado con la demandada el 8 de junio de 2005.

III) La sentencia de primera instancia estimó la deslealtad de la conducta, que calificó como acto de **obstaculización** incardinable en el art. 5 LCD, acomodándola así mismo, de forma concurrente, en el art. 15.2 LCD, al apreciar indicios suficientemente reveladores de una práctica concertada o conscientemente paralela, prohibida por el art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, de las entidades de crédito, dirigida a rechazar como clientes a los establecimientos que desarrollan la actividad descrita, dada la negativa de la mayoría de estas entidades de crédito (las capacitadas para prestar los servicios que la actora precisa) a abrir y mantener las cuentas bancarias que se precisan a tales efectos por imperativo del art. 2.4 del RD 2660/1998, con los servicios operativos necesarios.

En cuanto al alcance de la condena de cese en la conducta antijurídica, que había de traducirse en el restablecimiento del comportamiento contractual anterior a los actos de obstrucción, el Sr. Magistrado justificó (fundamento segundo) que debía mantenerse la compra de divisas a través de la mesa de tesorería y la contratación de depósitos vía fax, el servicio de banca a distancia y la contratación de imposiciones a plazo. Condenó a la demandada, en fin, previa declaración de la deslealtad de la conducta, a "que cese en la actividad obstructiva del normal funcionamiento de MACCORP EXACT CHANGE S.A., manteniendo las cuentas de esta entidad y la misma operativa en los términos expuestos en el fundamento segundo de esta resolución".



Y desestimó la pretensión resarcitoria, que ha quedado excluída de la segunda instancia al no haber sido impugnado este pronunciamiento por la parte actora.

Apela la parte demandada, esgrimiendo los motivos que más adelante se analizarán.

SEGUNDO. I) Previamente debe exponerse el contexto fáctico incontrovertido y acreditado al que atendió la sentencia, siempre teniendo en cuenta, en el plano normativo, que la actora, como todos los establecimientos de cambio autorizados para operar en el mercado de divisas y realizar operaciones de gestión de transferencias procedentes del exterior y enviadas al exterior, debe canalizar su actividad a través de cuentas abiertas en entidades de crédito que operen en España, en las que deberán realizarse y asentarse los movimientos de cargos, abonos y liquidación de saldos que se deriven o resulten necesarios para el desarrollo de esta actividad, conforme al citado art. 2.4 del R.D. 2660/1998 .

Los hechos incontrovertidos son los siguientes:

A) A los efectos señalados, la actora abrió diversas cuentas en el BBVA y en La Caixa, entidades que poco después han cancelado unilateralmente las cuentas o bien han restringido su operatividad rechazando realizar operaciones de ingreso en efectivo procedentes del exterior. Así, el 11 de marzo de 2004 el BBVA, de forma unilateral, comenzó a cancelar las cuentas de la actora en sus oficinas de Madrid, Sevilla y Barcelona (documentos 24 a 26, f. 215 y ss.). Por su parte, La Caixa impuso restricciones en la operatividad de las cuentas abiertas a nombre de la actora, negándose a realizar operaciones de ingreso en efectivo procedentes del exterior para posterior envío de transferencias al exterior (documentos 27 y 28 -f. 223-), esgrimiendo como motivo "la imposibilidad de tener conocimiento del origen último de los fondos que circulan por los depósitos" (con lo que parece atribuirse una tarea de control que sólo corresponde al Banco de España).

Igualmente, las entidades Bankinter y Caja Madrid rechazaron prestar sus servicios bancarios a la actora (f. 536 y 538); Bankinter manifiesta por e-mail el 6 de octubre de 2006 que la operativa de negocio que propuso la actora no fue autorizada por el banco en su momento; y Caja Madrid viene a manifestar lo mismo el 30 de octubre: "vuestra operativa de compra de euros adquiridos en el exterior se estudió por parte de nuestra entidad hace más de un año, siendo desestimado el entrar en esa operativa".

B) Ante tal situación, la actora, en junio de 2005 (documentos 29 a 32) abrió diversas cuentas bancarias en la oficina nº 189 del Banco de Sabadell (BS): dos de ellas para realizar los movimientos necesarios para el desarrollo de su actividad, y otras dos para obtener un rendimiento económico de las imposiciones a plazo fijo. El control diario de tales actividades se realizaba a través de Internet, empleando el servicio de banca a distancia que así mismo contrató con dicho Banco (documento 33).

Menos de un año después, en marzo de 2006, el Banco de Sabadell anunció a la actora (documentos 33 y 34, 40 y 41) que se proponía cancelar las dos cuentas a través de las cuales realiza las operaciones de importación y exportación de remesas, manteniendo no obstante las otras dos cuentas con imposiciones a plazo fijo (que proporcionan comisiones al Banco), pero desde las que no se puede realizar transferencias (documentos 34 y 35). Pese a las objeciones de la actora (documentos 38 y 39), el BS ratificó su decisión de cancelar las cuentas con efectos el día 16 de abril de 2006 (documentos 41 y 42, 45 y 46).

C) Las entidades de crédito del Grupo Santander (que integra a Banesto) han instaurado una política de aceptación de clientes que excluye a las "casas de cambio, transmisores de dinero u otras entidades análogas" (documento 36), por alegados motivos de control del riesgo de blanqueo de capitales.

D) El Banco de Sabadell, entre sus muchas actividades, opera también en el mercado de divisas y es competidor directo de la entidad actora (así ha sido reconocido en autos).

Hay constancia así mismo del interés en auge de las entidades de crédito (entre ellas el Banco de Sabadell, fusionado con el Banco Atlántico) en la captación de la clientela interesada en la realización de transferencias al exterior (actividad que entra en competencia directa con los establecimientos de cambio y los "locutorios"), debido sobre todo a las necesidades de la población inmigrante, de lo que dan cuenta diversas publicaciones especializadas aportadas con la demanda (documentos 11 a 18), e incluso de que los bancos no están viendo cumplidas sus expectativas al respecto porque la población inmigrante se decanta por los locutorios (documentos 22 y 23).

II) La actora aportó en el proceso cautelar, y ha servido como medio de prueba en el proceso principal, un dictamen pericial emitido por la firma de consultoría en finanzas Carlton & Kauffman S.L. (obra en autos a los ff. 453 y ss.), que explica y analiza el mercado de divisas y dictamina que en España sólo ciertas entidades, como el BBVA, el Grupo Santander (BSCH y Banesto), Bankinter, el Banco de Sabadell, el Banco Popular Español, La Caixa y Caja Madrid, están en condiciones de prestar todos los servicios asociados a las actividades llevadas a cabo por las entidades de transferencias, por tener la capacidad necesaria para poder operar en



este mercado (son las entidades llamadas core market participants, frente a las restantes, identificadas como second-tier participants).

En cuanto a la mecánica de la operativa en el mercado de divisas, señala el dictamen que se ha impuesto mundialmente el sistema anglosajón, en el que los agentes no operan en un lugar específico en el que se ejecuten las transacciones, sino vía ordenador, "hecho al que han contribuido obviamente los avances tecnológicos y la mayor integración financiera y económica internacional". "El mercado de divisas -prosigue el dictamen- es un mercado OTC (over-the-counter), no organizado. Los agentes operadores están realmente en las oficinas de los principales bancos comerciales del mundo, que se comunican entre sí informáticamente, mediante teléfonos, télex y otros canales de información. Se ponen de acuerdo sobre cantidades y precios y posteriormente se confirman las transacciones y sus detalles y se materializa la operación. Los medios de contratación son el teléfono, los intermediarios y los brokers y el sistema Reuters Dealing. El sistema de emisión de pagos comprende principalmente el teléfono, el correo, el télex y el sistema SWIFT".

En anexo al dictamen se contiene una relación de bancos operantes en España que tienen la capacidad de realizar el servicio que contempla y que se deriva del R.D. 2660/1998, de canalizar los movimientos de cargos, abonos y liquidación de saldos derivados de la gestión de transferencias o compra de divisas al por mayor y al por menor: los citados BBVA, el Grupo Santander (BSCH, que incluye a Banesto), Bankinter, Banco de Sabadell, Banco Popular Español, La Caixa y Caja Madrid, y se relacionan en documentación anexa aquellas entidades que han resuelto no ofrecer tales servicios por razones de "perfil de negocio", citando un amplio elenco de entidades.

Este dictamen no ha sido rebatido en autos por otro parecer pericial, y en él se apoya, en la pertinente medida, el criterio de la sentencia apelada.

TERCERO. Razonaba la sentencia que en el contexto descrito (integrado por la norma que obliga a los establecimientos de cambio y transferencias a operar a través de una entidad de crédito operante en España, las cancelaciones de las cuentas y las restricciones operativas por parte de algunas entidades capacitadas, el rechazo de otras a operar con la actora, y el escaso número de entidades de crédito realmente capacitadas para prestar el servicio), la decisión del BS de cancelar las cuentas operativas y, posteriormente, la negativa a la prestación de los demás servicios bancarios contratados, constituye un acto de **obstaculización** desleal que vulnera el art. 5 LCD, por ser contrario a la buena fe objetiva que debe regir en el sistema de libre mercado, al poner en peligro la continuación de la actividad que desarrolla la actora, en competencia con tales entidades de crédito.

La calificación de tal comportamiento la alcanzó el Sr. Magistrado mercantil teniendo en cuenta que el BS no había ofrecido una justificación, una justa causa, a la resolución de los contratos de cuenta corriente y demás servicios bancarios, y su decisión no encontraba amparo legítimo, en el contexto descrito, en la cláusula contractual que permite al banco la denuncia unilateral de los contratos.

Así mismo, como ya se ha dicho, la misma conducta fue subsumida, a mayor abundamiento, en el art. 15.2 LCD, por infracción del art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

CUARTO. El recurso del BS ofrece los siguientes motivos de impugnación.

En primer lugar, alega que la decisión de cancelar las cuentas (a) no puede tener un fin concurrencial y además (b) no es un comportamiento que se haya producido en el mercado, sino en el ámbito privado delimitado por el contrato de cuenta corriente, por lo que no se da el presupuesto objetivo para la aplicación de la Ley de **Competencia Desleal** de acuerdo con su art. 2, que dispone que "Los comportamientos previstos en esta ley tendrán la consideración de actos de **competencia desleal** siempre que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales".

Con relación a la primera objeción (a), dice el recurso que la conducta no puede tener un fin concurrencial porque no puede atribuirse al BS la intención de obstaculizar la actividad de la actora. Este argumento, más que servir para negar el presupuesto objetivo para la aplicación de la LCD, afecta, en realidad, al enjuiciamiento de fondo de la deslealtad de la conducta.

Para que la Ley de **Competencia Desleal** pueda imponer sus prescripciones basta, en el aspecto objetivo, con que se cumplan las dos condiciones previstas en el apartado 1 del art. 2 LCD:

a) que el acto se realice en el mercado; esto es, que se trate de un acto dotado de trascendencia externa, abarcando cualquiera de los sectores de la actividad empresarial; y

2º) que el acto se realice con fines concurrenciales, finalidad que se presume cuando -según expresa el precepto-, el acto se revela objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero. Pero, con carácter general, el fin concurrencial será apreciable cuando,



en atención a las concretas circunstancias, el acto sea idóneo objetivamente para influir en la estructura del mercado o en la posición competitiva de los operadores en el mercado, o bien pueda condicionar la formación y desenvolvimiento de las relaciones económicas en el mercado.

Es incuestionable que la conducta denunciada que la sentencia reprime no tiene una incidencia neutra y limitada al plano meramente contractual, inter partes, porque, en atención a las circunstancias que se han descrito, la cancelación de las cuentas y la restricción de la operativa contratada sin causa justificada, en la medida en que obstaculiza la actividad económica y empresarial de la actora, es susceptible de incidir e influir en el sector del mercado de divisas alterando su estructura y perjudicando la posición de un competidor directo.

QUINTO. I) Se alega seguidamente la errónea aplicación del art. 5 LCD, que no es una cláusula subsidiaria o un "cajón de sastre" en el que pueda acomodarse cualquier conducta no tipificada en los preceptos siguientes (arts. 6 a 17 LCD), o que simplemente resulte incómoda a un operador económico.

Se argumenta en este apartado que:

a) los demás servicios bancarios a cuya prestación condena la sentencia (comprar divisa en la mesa de tesorería, contratar depósitos vía fax, el servicio de banca a distancia...) son ajenos a la única obligación legal que pesa sobre la actora (conforme al art. 2.4 del R.D. 2660/1998) que es la de canalizar los movimientos de cargo, abono y liquidación de saldos a través de una entidad de crédito operante en España, por lo que la reclamación de tales servicios se basa simplemente en la mera facilidad y comodidad de la actora;

b) la resolución unilateral de los contratos es una facultad recogida en su clausulado, y a favor de ambas partes;

c) el contenido del art. 2.4 del citado R.D. 2660/1998 no puede comportar una carga obligacional para el BS restringiendo el principio de libertad de contratación, y no se ha probado que ninguna de las numerosas entidades de crédito operantes en España hayan rechazado prestar el servicio que la actora requiere.

En el siguiente capítulo de su recurso alega la apelante el error en la valoración de la prueba. Insiste, en primer término, en que la única obligación que legalmente pesa sobre los establecimientos de cambio es la de canalizar las transferencias a través de cuentas abiertas en entidades de crédito operantes en España, lo que no debe confundirse con otros servicios bancarios (como la adquisición de divisas en la mesa de tesorería, el servicio de banca a distancia, etc.), y ha quedado acreditado en autos, por la contestación del Banco de España al oficio remitido, que existen en España varias decenas de entidades de crédito capacitadas para prestar este servicio de ejecución y recepción de transferencias internacionales.

El error en la valoración de la prueba radica así mismo -prosigue el recurso- en dar credibilidad al informe de Carlton & Kauffman, que no ha sido ratificado en autos, al no haber quedado probado en las actuaciones que sólo las entidades de crédito que relaciona (el BBVA, el Grupo Santander, Bankinter, el Banco de Sabadell, el Banco Popular Español, La Caixa y Caja Madrid) estén capacitadas para prestar este servicio que constituye la única obligación legal para que Maccorp pueda desarrollar su actividad.

II) Tales argumentos inciden de pleno en el núcleo de la controversia, que la sentencia ha centrado en la calificación de la conducta denunciada como objetivamente contraria a la buena fe que exige el art. 5 LCD, sin perjuicio de apoyar la pretensión de cese, así mismo, en la incardinación del acto en el ámbito objetivo del art. 15.2, lo que debe entenderse con carácter ex abundantia. En todo caso, de estimarse que la conducta infringe la cláusula general contenida en el art. 5 LCD ya no sería necesario fundamentar su acomodo en alguno de los tipos especiales invocados en la demanda.

SEXTO. I) Como indica la STS de 24 noviembre de 2006, la cláusula general del artículo 5 LCD no formula un principio abstracto que sea objeto de desarrollo y concreción en las normas siguientes, en las que van a ser tipificados los actos o comportamientos de **competencia desleal** en particular, sino que establece lo que la doctrina ha identificado como «una norma jurídica en sentido técnico», esto es, «una norma completa de la que se derivan deberes jurídicos precisos para los particulares, tal y como sucede con el artículo 7.1 del Código civil». De este modo, la cláusula general tipifica un acto de **competencia desleal** en sentido propio, dotado de sustantividad frente a los actos de **competencia desleal** que la Ley ha estimado tipificar en concreto. Por tanto, esta cláusula no puede aplicarse de forma acumulada a las normas que tipifican en particular, sino que la aplicación ha de hacerse en forma autónoma, especialmente para reprimir conductas o aspectos de conductas que no han podido ser subsumidos en los supuestos contemplados en la tipificación particular.

Dicho precepto, sigue razonando la citada STS, establece un límite jurídico al ejercicio del derecho a desarrollar una actividad económica en el mercado en concurrencia con otros, derecho que no puede ejercitarse a través de determinados comportamientos. Se trata de conseguir que los agentes económicos compitan por méritos o por eficiencia y no «mediante la realización de comportamientos que supriman, restrinjan o falseen



la estructura competitiva del mercado, o la libre formación y desarrollo de las relaciones económicas del mercado».

Y a partir de esta idea de principio, se ha de concretar el contenido normativo de la cláusula general, en primer lugar, a través de los principios acogidos en las normas que tipifican supuestos de hecho como actos de **competencia desleal**. Y así hay que descartar el ejercicio de los derechos fundamentales indicados mediante conductas que frustran o dificultan la libre formación de preferencias o restan transparencia en el mercado (arts. 9 y 10 LCD , entre otra), o en concreto constituyen técnicas de presión sobre el consumidor (arts. 8.1 y 9 LCD , por ejemplo), con el expolio o aprovechamiento del esfuerzo ajeno y de sus resultados (artículos 11.2, 13 y 14.2 LCD ), con **obstaculización**, o uso de la fuerza de mercado, o predación.

Sin perjuicio de todo ello, a continuación hay que tener en cuenta los imperativos éticos de orden general, esto es, la buena fe en sentido objetivo (Sentencias de 20 de marzo de 1996, 15 de abril de 1998, 16 de junio de 2000, 19 de abril de 2002 ) como una «exigencia ética significada por los valores de la honradez, la lealtad, el justo reparto de la propia responsabilidad y atenuamiento a las consecuencias que todo acto consciente y libre puede provocar en el ámbito de la confianza ajena». Pero esta atención a los límites éticos de carácter general ha de entenderse subordinada a las exigencias directamente derivadas del principio de competencia económica, pues no debe reprimirse con el mero apoyo de límites éticos una conducta «que se revele concurrencialmente eficiente, que promueva las prestaciones de quien la ejecuta o de un tercero por sus méritos, sin provocar una alteración en la estructura competitiva o en el normal funcionamiento del mercado». En esta apreciación es imprescindible atender al principio de protección que los derechos constitucionales antes señalados exigen, pues en cuanto hay que aceptar que estemos dentro del ámbito de vigencia y protección de los derechos de libertad de empresa y prestación de trabajo han de descartarse consideraciones de orden ético.

II) El artículo 5 LCD recoge, en fin, una cláusula general considerada tradicionalmente imprescindible ante la escasa protección otorgada por la antigua legislación sobre la propiedad industrial y ante la variedad de formas por las que el ingenio de los infractores puede manifestarse en la competencia en el mercado. Se refiere la norma a un modelo de conducta, estándar jurídico o arquetipo, para señalar un límite extrínseco al ejercicio del derecho subjetivo a desarrollar libremente una actividad económica en el mercado y a concurrir con otros competidores, manifestación de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, a que se refiere el artículo 38 de la Constitución Española.

Al prohibir todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe, la norma exige un estándar objetivo de conducta en el ámbito concurrencial, que no se identifica con cualquier regla de conducta tenida por la colectividad como exigible en cualquier ámbito de las relaciones humanas, y aún jurídicas, sino sólo con aquellas que, siendo aptas en un sistema de libre competencia, sirvan para el buen orden concurrencial sancionado en nuestro derecho positivo. Se trata, por tanto, de la transgresión de normas objetivas de conducta que emanan del principio de competencia económica y pesan sobre todos los agentes que desarrollan una actividad económica en el mercado.

Una de las manifestaciones de la cláusula general prohibitiva son los denominados actos de **obstaculización**, que se definen en este contexto como aquellos actos que sin contar con una justificación objetiva afectan negativamente a la posición concurrencial de un tercero o de cualquier forma interfieren el normal desarrollo de su actividad en el mercado, impidiéndole entrar o afianzarse en él o introducir o afianzar en él alguna de sus prestaciones, sin perjuicio de que en ocasiones procuren o sean adecuados para procurar a quien los realiza un provecho propio.

Debe tenerse presente que el criterio objetivo que contempla la norma impide valorar componentes subjetivos de la conducta, como la intervención de dolo o culpa en el agente, lo que resulta irrelevante (sin perjuicio de su condición de presupuesto de la responsabilidad civil derivada de los actos desleales), y condiciona el propio concepto de buena fe, que no es, desde luego, el psicológico o identificado con la ignorancia o error disculpable o excusable (artículo 433 y 1950 del Código Civil ), sino un arquetipo o modelo de conducta socialmente aceptable y exigible en el sistema de libre mercado, que impone determinados deberes de conducta y ciertos límites al ejercicio de los derechos (el preámbulo de la Ley expresa que en el artículo 5 implícitamente, al menos, se consagra la noción de abuso de competencia, en el sentido de extramilitación objetiva).

La deslealtad no se condiciona, por tanto, al conocimiento de las circunstancias de hecho en que se funda, ni a la presencia de finalidades o motivaciones específicas en la conducta relevante, por más que se requiera, en el presente supuesto, la finalidad de impedir u obstaculizar el asentamiento de un competidor en el mercado, pues en todo caso bastará que, atendidas las circunstancias del caso, el acto carezca de una justificación razonable desde el punto de vista de las estrategias y comportamientos conformes con el modelo de competencia por méritos de las propias prestaciones. Y tampoco se hace depender el reproche de deslealtad de los resultados prácticos del acto enjuiciado; basta simplemente con el riesgo de que la conducta resulte objetivamente



idónea para ocasionar una lesión competitiva, alterando la estructura del mercado o distorsionando la normal formación y desenvolvimiento de las relaciones económicas en el mercado.

SÉPTIMO. Dicho lo anterior hemos de confirmar el criterio del Sr. Magistrado mercantil pues la conducta enjuiciada entra de lleno en el ámbito objetivo de la norma comentada.

I) El Banco demandado no ha ofrecido una justificación concreta de su decisión de cancelar las cuentas operativas y a estos efectos no basta con la genérica facultad contractual de resolución unilateral, porque una cosa es que exista tal facultad y otra que se ejercite conforme a la buena fe y al ordenamiento jurídico, y, no denunciándose por el banco ningún incumplimiento por parte de la usuaria de las cuentas, cobra credibilidad la intención o finalidad que denuncia la solicitante, siendo una conducta idónea en todo caso para producir un perjuicio, sin justificación objetiva, a la posición concurrencial de la parte actora, que es competidora directa de la demandada en el mercado indicado.

Como, con criterio racional, no podemos admitir que las decisiones comerciales de un banco o entidad de crédito se basen en el mero capricho o en la pura arbitrariedad, no cabe otra conclusión que vincular la decisión resolutoria y la negativa a prestar los servicios en su día contratados a una motivación o finalidad de **obstaculización**, que se confirma desde el momento en que se tiene constancia de que la mayoría de las entidades de crédito capacitadas han cancelado las cuentas de la actora, la han rechazado como cliente o bien han restringido su operativa a través del banco, aduciendo algunos unos motivos inaceptables como es el control del riesgo de blanqueo de capitales, que únicamente corresponde al Banco de España. No determina otra conclusión el hecho de que el BS tenga como clientes (según afirma) a unas 30 sociedades dedicadas al mismo objeto social que la actora; si es así, ello no excluye, sino que más bien confirma, el trato discriminatorio que supone la negativa a prestar a la actora los servicios en su día contratados.

II) De otro lado, cierto es que, en estricta literalidad, el art. 2.4 del R.D. 2660/1998 obliga a la actora (sólo) a canalizar la actividad de transferencias a través de entidades de crédito operantes en España, sin mención a servicios bancarios adyacentes y/o adicionales (en el caso, la compra de divisas a través de la mesa de tesorería, la contratación de depósitos vía fax, la contratación de imposiciones a plazo en condiciones de mercado y a mantener operativo el servicio de banca a distancia). Pero la negativa del BS a prestar esos servicios, en su día contratados y que se venían prestando con normalidad, constituye igualmente una manifestación de la conducta obstaculizadora que lesiona la posición competitiva de la actora.

Sin perjuicio de admitir que alguno de esos servicios resulta necesario para la adecuada operatividad y eficiencia de la actividad en el mercado de divisas (el dictamen Carlton & Kauffman pone de manifiesto que en este mercado se opera a través de Internet, lo que evidencia que la agilidad en la operativa de cambio y transferencias y la inmediatez en la obtención de información es esencial), la negativa a seguir prestando esos servicios no ha de contemplarse como una decisión aislada, desconectada de la principal que se materializa en la cancelación de las cuentas a través de las cuales la actora debe, necesariamente, canalizar su actividad, sino que, por las circunstancias en que esa negativa ha tenido lugar, debe concluirse que forma parte de la estrategia de obstrucción, además de que, objetivamente produce ese resultado al impedir que la actora pueda operar con eficiencia y obtener los mismos o similares servicios bancarios que cualquier otro cliente que lo precise para el desarrollo de una actividad lícita, y en este caso supervisada por el Banco de España.

III) El dictamen Carlton & Kauffman completa el escenario que debe ser valorado para calibrar la significación y alcance de la postura del BS en el ámbito concurrencial.

Este informe concluye que sólo ciertas entidades de crédito de las que operan en España (el BBVA, el Grupo Santander, Bankinter, el Banco de Sabadell, el Banco Popular Español, La Caixa y Caja Madrid) están capacitadas para prestar los servicios que precisa la actividad de la actora en el mercado de divisas, de acuerdo con la exigencia del art. 2.4 del citado Real Decreto . Tal conclusión no ha sido desvirtuada por ningún otro dictamen pericial y tampoco, como se verá, por la contestación del Banco de España al oficio remitido.

No le resta credibilidad ni eficacia probatoria la circunstancia de que dicho informe no haya sido ratificado por su autor o autores pues la LEC no supedita la eficacia probatoria de los dictámenes periciales que se aportan con la demanda o con la contestación a su ratificación en el juicio; la asistencia del perito firmante al acto del juicio para la exposición o explicación del dictamen y someterse en su caso a las preguntas y objeciones sobre el método, premisas y conclusiones del informe se hace depender de la solicitud de las partes (art. 347 LEC ), y en este caso no consta que la demandada solicitara la comparecencia del perito que elaboró dicho dictamen al acto del juicio.

Por su parte, el Banco de España (BE), en respuesta al oficio remitido en el que se solicitaba la certificación de extremos propuestos por la demandada y la actora, contestó (f. 555 y ss.) adjuntando un cuadro en el que se consigna el número de las entidades de crédito operantes en España (f. 568) y un listado identificativo de



cada una de ellas. Pero no certificaba cuáles de ellas realizan efectivamente el servicio, a sus clientes, de emisión/recepción de transferencias de dinero provenientes o con destino al extranjero ("La declaración que estas entidades realizan del servicio interesado se engloba en el total de operaciones declaradas, sin que sea posible su individualización", señala el BE). Dados los términos del extremo propuesto por la parte demandada (que el Banco de España certifique el número de entidades de crédito operantes en España y que entre los servicios que prestan a sus clientes se halle la emisión/recepción de transferencias de dinero provenientes o con destino al extranjero, adjuntando listado en que se relacionen las entidades de crédito que prestan el citado servicio y si las mismas tienen declaradas al Banco de España las actividades relativas a la prestación de estos servicios), la actora interesó que se ampliara la certificación en el sentido de indicar "de entre las entidades que identifique (según el extremo propuesto por la demandada) cuáles realizan transferencias o remesas internacionales de persona a persona, sin necesidad de que los ordenantes y beneficiarios abran o cuenten con una cuenta corriente en el banco emisor y en el banco receptor y pagador", y a esto, que es el dato relevante, el BE respondió certificando una relación de los Establecimientos de Cambio de Moneda autorizados para la gestión de transferencias con el exterior (entre los que se incluye a la actora).

Dicha certificación, en fin, que se limita a enumerar las entidades de crédito operantes en España, no desvirtúa la conclusión del dictamen Carlton & Kauffman en el sentido de que tan sólo siete grandes Bancos y Cajas "están en condiciones de prestar todos los servicios asociados a las actividades llevadas a cabo por las entidades de transferencias, por tener la capacidad necesaria para poder operar en este mercado" (son las entidades llamadas core market participants, frente a las restantes, identificadas como second-tier participants).

Pues bien, de esas siete entidades capacitadas tan sólo queda por compulsar la postura del Banco Popular, pero que haya una de ellas que esté dispuesta a prestar los servicios que la actora precisa por imperativo legal para el desarrollo de su actividad y los servicios adyacentes para que las cuentas sean operativas y le reporten eficiencia en su actividad económica, no excluye el reproche de antijuridicidad a la conducta del BS, porque la actora, como todos los operadores económicos, no puede ser compelida a someterse a las condiciones de un solo operador-proveedor cuando en el mercado existen varios (siete u ocho) capacitados para prestar tales servicios.

Una de las facetas en las que se manifiesta la conducta obstaculizadora en este caso es precisamente el condicionamiento de la formación y desenvolvimiento de las relaciones económicas en el mercado, al privar a la actora de la facultad de libre formación de sus preferencias y elecciones en el mercado en la medida en que, indebida e injustificadamente, se limita o restringe la oferta de los servicios que precisa por parte de los operadores capacitados para prestarlos, entre ellos la entidad demandada, que en el contexto descrito no puede invocar como causa exoneradora el principio de libertad de contratación.

OCTAVO. Si bien lo expuesto es suficiente para confirmar la decisión de la sentencia apelada, al igual que ésta apreciamos, a mayor abundamiento, que la conducta tiene otra lectura jurídica concurrente de conformidad con el art. 15.2 LCD en relación con el art. 1 LDC, por ser deducible una práctica concertada que produce el efecto de restringir la competencia. El TJCE ha definido estas prácticas como una forma de coordinación entre empresas que, sin haber alcanzado la realización de un acuerdo propiamente dicho, sustituye conscientemente, por una cooperación práctica entre ellas, los riesgos de la competencia, esto es, del comportamiento autónomo. En concreto, un paralelismo de conductas constituye una práctica concertada si se llega a establecer que este paralelismo de comportamiento reúne los elementos de condición y cooperación característicos de tal práctica y que ésta es capaz de afectar de forma sensible a las condiciones de competencia en el mercado (STJCE de 14 de julio de 1972, asunto 48/69; 16 de diciembre de 1975, asuntos acumulados 40 a 48/73; 14 de julio de 1981, asunto 172/80).

Desde esta perspectiva, si la mayor parte de las entidades de crédito capacitadas (casi todas) se han negado a operar con la actora, han cancelado las cuentas o bien han impuesto restricciones que restan eficiencia y operatividad a la relación de servicios bancarios (acaso o seguramente con finalidad última de alentar la ruptura de la relación), sin que tal comportamiento paralelo encuentre una justificación razonable ni se explique por la propia estructura o las condiciones de competencia del mercado, puede concluirse la existencia de un acuerdo tácito o forma de coordinación que produce el efecto prohibido por dicho precepto.

NOVENO. Han de imponerse las costas al apelante, de acuerdo con la regla general del vencimiento (art. 398.1 y 394.1 LEC).

Vistos los preceptos legales citados, los alegados por las partes y demás de pertinente aplicación

## FALLO





Desestimar el recurso de apelación formulado por la representación procesal del BANCO DE SABADELL S.A. contra la sentencia dictada en fecha 16 de octubre de 2007 en los autos de los que dimana este Rollo, que confirmamos, con imposición de costas al apelante.

Devuelvanse los autos al Juzgado de procedencia con certificación de esta Sentencia, a los efectos pertinentes.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia en el mismo día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, celebrando audiencia pública. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ