



Roj: **SAP B 6298/2017** - ECLI: **ES:APB:2017:6298**

Id Cendoj: **08019370152017100355**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **28/09/2017**

Nº de Recurso: **426/2016**

Nº de Resolución: **387/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE MARIA RIBELLES ARELLANO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Cuestiones.- Acción de competencia desleal. Actos de obstrucción contra remesadora.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN DECIMOQUINTA

ROLLO Nº 426/2016-2ª

JUICIO ORDINARIO Nº 484/2015

JUZGADO MERCANTIL Nº 7 DE BARCELONA

SENTENCIA núm. 387/2017

Ilustrísimos Sres. Magistrados

DON JUAN FRANCISCO GARNICA MARTÍN

DON JOSÉ MARÍA RIBELLES ARELLANO

DON JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ SEIJO

En Barcelona, a veintiocho de septiembre de dos mil diecisiete.

Parte apelante: CAIXABANK S.A.

-Letrado: Francesc Torres Vallespí

-Procurador: Ramón Feixó Fernández-Vega

Parte apelada: TRANS FAST FINANCIAL SERVICES S.A.

-Letrado: Antonio Selas Colorado

-Procurador: Ignacio López Chocarro

Resolución recurrida: Sentencia

-Fecha: 10 de junio de 2016

-Demandante: TRANS FAST FINANCIAL SERVICES S.A.

-Demandada: CAIXABANK S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El fallo de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente:

" Estimo íntegramente la demanda formulada por Ignacio López Chocarro, en nombre y representación de TRANS FAST FINANCIAL SERVICES S.A. y declaro la existencia de conductas desleales realizadas por la demandada y descritas en los hechos probados. Condeno a CAIXABANK S.A. a cesar en las mismas, permitiendo



a TRANS FAST FINANCIAL SERVICES S.A. la contratación de un seguro de cambio en las condiciones pactadas a otras entidades de pago y prohibiendo el incremento de las comisiones pactadas con la actora, salvo las modificaciones que deban realizarse con motivo de la evolución del mercado y modificaciones legislativas y ello con expresa imposición a la parte demandada de todas las costas procesales causadas".

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada. Dado traslado a la parte actora, presentó escrito de oposición.

TERCERO.- Recibidos los autos originales y formado en la Sala el Rollo correspondiente, se procedió al señalamiento de día para votación y fallo, que tuvo lugar el pasado 14 de septiembre de 2017.

Es ponente el Ilmo. Sr. DON JOSÉ MARÍA RIBELLES ARELLANO.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Términos en los que aparece contextualizada la controversia en esta instancia.

1. La demandante TRANS FAST FINANCIAL SERVICES S.A. (en adelante TRANS FAST) ejerció acción por competencia desleal, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 4 , 15.2 º y 16.2 de la Ley de Competencia Desleal , contra CAIXABANK S.A., acción que tiene por causa la negativa por parte de la demandada a la renovación de los seguros de cambio que precisa la actora para el ejercicio de su actividad y en el incremento injustificado de las comisiones bancarias. Para contextualizar la controversia, estimamos conveniente partir de la relación de hechos probados contenidos en la sentencia apelada, que en lo sustancial no son discutidos en esta segunda instancia:

1º) La demandante es una entidad de pago especializada en la gestión de transferencias con el exterior por cuenta de inmigrantes. Para desarrollar su actividad tiene abierta en CAIXABANK desde el año 2003 la cuenta NUM000 , a través de la cual canaliza el envío de remesas de dinero al extranjero.

2º) La demandada ha venido contratando con la demandada para el desarrollo de su actividad un seguro de cambio.

3º) El primer seguro de cambio con CAIXABANK se suscribió en noviembre de 2013 y el último el día 18 de diciembre de 2014, con vencimiento el día 4 de marzo de 2015.

4º) Desde principios del año 2015 las oficinas centrales de CAIXABANK han manifestado su negativa a la renovación de los seguros de cambio.

5º) Asimismo CAIXABANK ha comunicado a la demandante un incremento en las comisiones que venía aplicando.

2. La parte actora, tras reseñar la obligación legal de operar a través de cuentas abiertas en entidades de crédito españolas, alegó en su escrito de demanda que la actuación de CAIXABANK constituía un acto contrario a la buen fe objetiva del artículo 4 de la Ley de Competencia Desleal , pues con ello la demandada pretendía obstruir el desarrollo de su actividad empresarial. De igual modo alegó la infracción de normas jurídicas que tienen por objeto la regulación de la actividad concurrencial, que por sí misma se reputa desleal, conforme al artículo 15.2º de la LCD , citando como normas infringidas los artículos 10 de la Ley 16/2009, 22.3º del RD 712/2010, de 7 de febrero de 2010, 2.3º de la Orden EHA de 16 de septiembre de 2006 y el artículo 41 de la Ley 10/2010 , así como la del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia . Por último sostuvo que la demandada incurría en la conducta del artículo 16.2º de la LCD , que sanciona la explotación por parte de una empresa de la dependencia económica en que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Por todo ello solicitó que se condenara a la demandada a mantener operativas las cuentas abiertas en su entidad en las mismas condiciones pactadas o las aplicadas a otras entidades del sector.

3. La demandada se opuso a la demanda alegando, en síntesis, que la actora no tiene ninguna restricción normativa para abastecerse de divisa extranjera y contratar seguros de cambio en las mismas fuentes que CAIXABANK; sólo las cuentas corrientes podrían considerarse productos bancarios necesarios para desarrollar su objeto social. La ausencia de un seguro de cambio, por otro lado, no impide el ejercicio de su actividad como remesadora, salvo que se utilice con finalidad especulativa. En cualquier caso, en virtud del principio de libertad de empresa contemplado en el artículo 38 de la Constitución Española , CAIXABANK no viene obligada a contratar con la demandante los seguros de cambio que esta reclama. En cuanto al anuncio del incremento de las comisiones bancarias alegó que la actora no puede decidir las condiciones que deben ser aplicadas y que no se llegó a formular una propuesta concreta.

SEGUNDO.- De la sentencia y del recurso.

4. La sentencia estima íntegramente la demanda, al concluir que la actuación de la demanda infringe el artículo 4 de la Ley de Competencia Desleal al obstaculizar de forma injustificada la actividad de la actora. Descarta, por el contrario, la aplicación de los artículos 15.2º y 16.2º de la citada Ley. El juez *a quo* considera que no se ha acreditado que los seguros de cambio sean un instrumento de financiación. Tampoco que la actora pueda recurrir a terceros operadores para concertar el seguro en condiciones parecidas a las que ha venido operando con la demandada. En cualquier caso, CAIXABANK no ha justificado ningún riesgo añadido y ningún cambio en las circunstancias que justifiquen la no renovación del seguro. Dicho seguro constituye una actividad complementaria a la actividad que desarrolla TRANS FAST a través de la cuenta abierta en CAIXABANK y que, al negarle ese servicio complementario, la demandada ha incurrido en actos de obstaculización. También estima que el anuncio de incremento de las comisiones bancarias se enmarca dentro de esa actuación obstruccionista llevada a cabo por CAIXABANK. Por todo ello la sentencia condena a la demandada a permitir a la actora la contratación de un seguro de cambio en las mismas condiciones aplicadas a otras entidades de pago y prohíbe el incremento en las comisiones pactadas " *salvo las modificaciones que deban realizarse con motivo de la evolución del mercado y modificaciones legislativas*".

5. La sentencia es recurrida por la entidad demandada, que insiste en los mismos argumentos esgrimidos en la contestación, esto es, que para el desarrollo de su operativa (transferencias a sus clientes en plazos de 24/72 horas) no precisa contratar de seguros de cambio, por lo que su contratación sólo puede tener por finalidad la especulación con la fluctuación de divisas; que CAIXABANK, como entidad bancaria, únicamente viene obligada para con las sociedades remesadoras a abrir cuentas bancarias que les permitan realizar su propia actividad; que TRANS FAST puede acudir al mercado para adquirir divisas y contratar seguros de cambio; y que estos entrañan riesgos para las entidades bancarias. En cuanto al incremento de comisiones, estima que un mero anuncio que no se concretó no justifica la condena.

La demandada se opone al recurso y solicita que se confirme la sentencia apelada por sus propios fundamentos.

TERCERO.- Marco normativo y jurisprudencial.

6. Este Tribunal, en distintas resoluciones dictadas en supuestos análogos al enjuiciado (auto de 11 de junio de 2007 o sentencias de 28 de noviembre de 2008 y 12 de abril de 2011), a partir de la obligación legal que pesa sobre las entidades de pago de canalizar los movimientos de cargo, abono y liquidación de saldos a través de entidades de crédito operantes en España (artículo 2.4 del Real Decreto 2660/1998), ha venido considerando como actos de obstaculización, contrarios al artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal (hoy artículo 4), actuaciones tales como la cancelación injustificada de cuentas corrientes, la negativa a prestar servicios bancarios adyacentes o adicionales, la modificación unilateral de las condiciones pactadas o el rechazo o el bloqueo injustificado de ingresos o transferencias. También, de forma concurrente, hemos apreciado prácticas concertadas o conscientemente paralelas de entidades de crédito que rechazan como clientes a establecimientos de pago que desarrollan actividades como las que lleva a cabo la demandante, prácticas que infringen los artículos 1 de la Ley de Competencia Desleal y 15.2º de la Ley de Competencia Desleal.

7. En efecto, la entidad demandante se dedica a una actividad, supervisada por el BANCO DE ESPAÑA, que está regulada por el Real Decreto 2660/1998, sobre el cambio de moneda y establecimientos abiertos al público distintos de las entidades de crédito, cuyo artículo 2.4º dispone que, para realizar las operaciones de gestión de la recepción de transferencias del exterior y de envío de transferencias al exterior, se habrán de "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". Dicha norma establece, de un lado, un mandato para entidades, como la actora, que se dedican a la importación y exportación de remesas de billetes; y, de otro lado, lleva implícita una exigencia al conjunto de operadores de crédito de facilitar el cumplimiento del citado deber legal.

8. La Sentencia de esta Sección de 28 de noviembre de 2008 (ECLI:ES:APB:2008:11507), sienta la doctrina que posteriormente hemos corroborado en otras resoluciones. Dijimos entonces que la cláusula general del artículo 5 LCD (hoy artículo 4), según jurisprudencia constante, 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».

9. 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.

10. 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.

11. Dicho lo anterior, concluimos en aquel caso que la cancelación de cuentas y de otros servicios adyacentes constituía un acto de obstaculización del artículo 5 de la LCD (hoy artículo 4) por los siguientes motivos:

" 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 algunas 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".

12. Por otro lado, constatada la actuación de otras entidades de crédito que de igual modo habían cancelado cuentas o se habían negado a facilitar la actividad de la entidad de pago, también concluimos que la conducta se incardinaba en el artículo 15.2º de la LCD con los siguientes argumentos:

" 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.



13. Las recientes Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:4285) y 7 de octubre de 2016 (ECLI:ES:TS :2016:4293) se pronuncian por primera vez en supuestos similares al enjuiciado de acciones de competencia desleal interpuestas por entidades de envíos de remesas de dinero al extranjero por cancelación de cuentas. Las Sentencias del TS no cuestionan que la cancelación injustificada de cuentas vulnera el artículo 4 de la LCD (de hecho, la primera de ellas confirma la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya que declaró la existencia de actos de competencia desleal), dado que tampoco se cuestionó en los recursos, analizando minuciosamente cuándo esa medida puede estar justificada y ser proporcionada para la prevención del blanqueo de capitales. La doctrina sentada en esas Sentencias, sin embargo, no es estrictamente aplicable al presente caso, salvo en la medida que admite como acto de obstaculización la cancelación de cuentas, dado que lo que aquí se plantea es el incremento de comisiones y la negativa a prestar un servicio adyacente o complementario y por cuanto no se plantea un problema de blanqueo de capitales.

CUARTO.- Aplicación de la doctrina al presente caso. La falta renovación del seguro de cambio.

14. Como venimos exponiendo, la actora denuncia la negativa de la actora a renovar los seguros de cambio, servicio que CAIXABANK vino prestando a TRANS FAST desde noviembre de 2013 y que decidió no renovar a partir de marzo de 2015. El informe pericial acompañado con la contestación, emitido por el perito Millán señala que " *el seguro de cambio es equivalente a la compra o venta a plazo de divisas, es decir, supone adquirir hoy el compromiso de comprar o vender divisas a un tipo de cambio que se fija hoy (según se trate de seguro para la compra o para la venta de divisas) para ejecutarlo al vencimiento de la operación (cuyo plazo oscila normalmente entre una semana y un año) y por el importe nominal de divisas contratado*".

15. CAIXABANK sostiene en su recurso que las entidades de pago precisan tener abiertas cuentas bancarias en España para poder realizar la actividad. Sin embargo, esa exigencia normativa no se extiende a otros servicios distintos y, en concreto, a la contratación de seguros de cambio, que no son necesarios para que TRANS FAST pueda operar. De ahí que este supuesto, según la recurrente, se aparte de otros precedentes judiciales conocidos por esta Sala. No podemos compartir esa aseveración, pues como hemos señalado en distintas resoluciones, se puede obstaculizar la actividad de las entidades de pago tanto mediante la cancelación directa de cuentas como negándose a prestar servicios complementarios o imponiendo condiciones desproporcionadas e injustificadas. Como señala la resolución recurrida, la Directiva UE 2015/2366, del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015, sobre servicios de pago en el mercado interior, por la que se modifican las Directivas 2002/65/CE, 2009/110/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) núm. 1093/2010 y se deroga la Directiva 2007/64/CE, viene a corroborar tal conclusión. Así, el artículo 36 , bajo el título " *acceso a cuentas abiertas en entidades de crédito*" establece lo siguiente:

" *Los estados miembros velarán por que las entidades de pago tengan acceso a los servicios de cuenta de pago de las entidades de crédito de forma objetiva, no discriminatoria y proporcionada. Dicho acceso será lo suficientemente amplio como para permitir que las entidades de pago presten servicios de pago sin obstáculos y con eficiencia*".

16. De igual modo la Exposición de Motivos de la Directiva señala lo siguiente:

«(39) *Los proveedores de servicios de pago, cuando presten uno o varios de los servicios de pago regulados por la presente Directiva, deben mantener en todo momento cuentas de pago que se utilicen exclusivamente para realizar operaciones de pago. A fin de que los proveedores de servicios de pago puedan prestar servicios de pago, es imprescindible que tengan la posibilidad de abrir y mantener cuentas en entidades de crédito. Los Estados miembros deben velar por que el acceso a tales cuentas se ofrezca en condiciones no discriminatorias y de un modo que resulte acorde con el objetivo legítimo al que responde. Aunque el acceso puede ser básico, siempre debe ser lo suficientemente amplio para que la entidad de pago pueda prestar sus servicios sin obstáculos y con eficiencia.*

(...)

(50) *Conviene establecer disposiciones en materia de trato no discriminatorio de las entidades de pago autorizadas y las entidades de crédito, de tal forma que todo proveedor de servicios de pago que opere en el mercado interior pueda recurrir a los servicios de las infraestructuras técnicas de dichos sistemas de pago en igualdad de condicione. Es preciso establecer diferencias de trato entre los proveedores autorizados de servicios de pago y los que se benefician de una exención de conformidad con la presente Directiva, así como de las exenciones contempladas en el artículo 3 de la Directiva 2009/110/CE, debido a las diferencias entre sus respectivos marcos prudenciales. En cualquier caso, deben permitirse diferencias en las condiciones de precio solo cuando estén motivadas por diferencias en los costes soportados por los proveedores de servicios de pago. Lo anterior debe entenderse sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a limitar el acceso a sistemas de pago de importancia sistémica, con arreglo a la Directiva 98/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo*



(1), ni de las competencias del Banco Central Europeo y del Sistema Europeo de Bancos Centrales en relación con el acceso a los sistemas de pago» .

17. Por otro lado, además de no ser legalmente necesario, CAIXABANK sostiene que TRANS FAST no precisa contratar seguros de cambio para operar, dado que las remesas dinero se realizan en un escaso periodo de tiempo y, en consecuencia, la fluctuación de las divisas no entraña un riesgo real que deba ser cubierto. No es controvertido, en este sentido, que TRANS FAST anuncia en su web que las remesas se reciben en un plazo de entre 24 y 72 horas. Por tanto, la contratación de un seguro de cambio sólo puede obedecer a una finalidad meramente especulativa. Pues bien, teniendo en cuenta que la actora opera con distintas divisas, estimamos que sí es necesario o conveniente contratar los seguros de cambio para mitigar los riesgos derivados de las oscilaciones de los tipos de cambio, dado que no es posible descartar grandes variaciones en un breve lapso de tiempo. De hecho, es un servicio que CAIXABANK ha venido ofreciendo a TRANS FAST y no se cuestiona que se utilice habitualmente por las entidades de pago que realizan transferencias al exterior, dado que operan con corresponsales y agentes que realizan los pagos con distintas monedas. Con la demanda se aporta una "ficha de información al cliente" (folio 161) de CAIXABANK que detalla centenares de apuntes de seguros de cambio contratados en distintas fechas a partir de noviembre de 2013 y con distintos vencimientos. Recordemos que el perito de la demandada reconoce seguros de cambio para operaciones con vencimiento de una semana.

18. En definitiva concluimos, al igual que la sentencia de instancia, que la negativa a renovar los seguros de cambio no se justifica de ningún modo, por lo que sólo puede obedecer a la intención de entorpecer la actividad de un competidor. Se trata de un producto que ofrece CAIXABANK, que ha venido contratando con la demandada y que no se cuestiona que se continúe ofreciendo a otros clientes. El principio de libertad de empresa (artículo 38 de la Constitución) o de libertad de contratación (artículo 1255 del Código Civil) no justifica una actuación unilateral y arbitraria, en tanto en cuanto la falta de renovación de las pólizas no ha venido precedida de incumplimiento por parte de la demandante ni consta que se hayan acrecentado los riesgos o que TRANS FASTS no haya prestado las garantías necesarias. Tampoco estimamos que la posibilidad de abastecerse de otros operadores o de empresas bróker que operan en el mercado, como se apunta en el recurso, justifique la actuación de la demandada. Como señala la apelada, no parece que sea una alternativa equiparable, dado que no puede desligarse la compraventa de divisas a través de una cuenta concreta del seguro de cambio. Como dijimos en Auto de 6 de junio de 2016 (APB 2016: 1333A):

" No creemos que tenga especial interés el esfuerzo que han hecho las partes por explicar en qué consiste el seguro de cambio cuando no tenemos ninguna duda de que se trata de un producto financiero usual en las transacciones en divisas en las que existe riesgo de quebranto como consecuencia del cambio y de su fluctuación constante en el mercado. Y como tal producto ordinario creemos que las entidades financieras lo ofrecen a los clientes que lo solicitan. Así se explica la solicitud de Maccorp y que la respuesta ante ello de los directores de las oficinas de Caixabank y Cecabank no fuera rechazarla de plano; no había motivo para ello, al tratarse de un producto más que un cliente pretendía contratar.

También somos conscientes de que se trata de un producto que puede generar riesgo para la entidad financiera. Es lógico, dado que su objeto es desplazar el riesgo que pesa sobre el cliente a la entidad financiera con la que se contrata y por ello se paga un precio (cualquiera que sea la forma en la que se calcule). Por eso es razonable que las entidades financieras demandadas, antes de concederlo exigieran que la solicitud pasara por sus departamentos de riesgos para examinar la solicitud. La cuestión está en que en ambos casos la solicitud fue desestimada y que en ambos casos se produjo un rechazo completo de la solicitud sin dar la ocasión a Maccorp de ofrecer garantías o bien de conceder un riesgo menor al solicitado (1.000.000 de euros en el caso de Caixabank), más acorde con la solvencia o garantías que el cliente pudiera ofrecer.

Creemos que esa respuesta de las entidades financieras no es compatible con el derecho de acceso a las cuentas a que antes nos hemos referido y que, por tanto, podría constituir un acto de obstaculización desleal, lo que significa tanto como admitir la existencia de apariencia de buen derecho en este caso.

Y resulta indiferente, como hemos razonado antes, que este producto no fuera indispensable para que Maccorp llevara a cabo su actividad; creemos que basta con que lo juzgara conveniente. Las entidades financieras no tienen derecho a negarle de forma injustificada el acceso al mismo, como no lo niegan a otros clientes. Y creemos que es injustificada la forma en la que se le denegó porque las razones que se le dieron (la falta de garantías) son genéricas y no las estimamos convincentes como para explicar una decisión normal en el ámbito de una relación usual de negocios.

Y también resulta indiferente si Maccorp tenía otras posibilidades en el mercado para contratar ese seguro. Lo relevante es que lo solicitó a Cecabank y a Caixabank, dos entidades con las que tenía una relación de cuenta corriente a través de las cuales opera en el desarrollo de su actividad, de forma que ello determina que su solicitud fuera razonable (en el sentido de ordinaria o no forzada) y la decisión de esas entidades no creemos que se



hubiera atendido a los parámetros usuales en el mercado, de forma que ha restringido de forma injustificada el acceso a los servicios financieros que ofrecen esas entidades a sus clientes de forma ordinaria".

En consecuencia, debemos desestimar el primero de los motivos de impugnación aducidos por la recurrente.

QUINTO.- Incremento de las comisiones.

20. La segunda de las conductas que la sentencia estima contraria al artículo 4 de la Ley de Competencia Desleal es el incremento de las comisiones que se venían cobrando a la actora. En realidad, ese incremento no consta que se haya producido. Fue anunciado en una conversación privada entre Jose Ramón , empleado de CAIXABANK, y Dulce , representante de TRANS FAST, que fue grabada por ésta sin el conocimiento de aquél el 9 de abril de 2015 (documento 24 de la demanda). Se trata de un anuncio muy impreciso, que no concreta cantidades sino meras hipótesis. De hecho, en la demanda no se indican las comisiones previas ni las que supuestamente se cobrarán en el futuro.

21. En la contestación, a la que se remite el recurso, CAIXABANK señaló que no se había formulado una propuesta al respecto y que la conversación, grabada de forma subrepticia, debía " *entenderse en el marco normal de las relaciones entre entidad bancaria y cliente; los productos y sus condiciones que deben y pueden ser objeto de negociación continuada*". Apeló, por otro lado, a la libertad de CAIXABANK para fijar las condiciones que aplica a sus productos.

22. Como señala la sentencia recurrida, las comisiones percibidas por los servicios prestados se fijan libremente por las entidades y sus clientes, si bien están sometidas a una doble regla prevista en la Orden EHA 2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios; sólo podrán percibirse comisiones por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por el cliente y deben responder a servicios efectivamente prestados o gastos habidos (artículo 3). Además, las comisiones actualizadas deberán estar a disposición de los clientes. En cualquier caso, un aumento desproporcionado de las comisiones, que no obedezcan a razones objetivas o su imposición en términos discriminatorios, puede ser constitutivo de competencia desleal.

23. En este caso, sin embargo, no podemos tener por acreditado que ese incremento se haya producido o vaya a producirse de forma inminente. No podemos deducirlo de una conversación informal grabada por uno de los interlocutores y que no se concreta en nada. La propia sentencia (fundamento 4.4) admite que no se conocen las nuevas comisiones, expresándose en los siguientes términos: " *Pues bien, siendo cierto que no sabemos cuáles son las comisiones que le resultarían de aplicación, es precisamente esta incerteza (que impide valorar si el cambio de tarifa a la actora obedece a condiciones objetivas de mercado), enmarcada en diversas conductas de la propia demandada y de otras entidades bancarias, ya enjuiciadas, de obstrucción a la actividad de la actora, lo que permite afirmar que nos encontramos ante otro acto de obstaculización de la actividad de la actora proscrito por el artículo 4 de la LCD* ". Si no se conocen las comisiones, no es posible valorar si son excesivas, discriminatorias o injustificadas. Como colofón a todo ello, el fallo de la sentencia en este punto es absolutamente impreciso, dado que prohíbe a la demandada " *el incremento de las comisiones pactadas con la actora salvo las modificaciones que deban realizarse con motivo de la evolución del mercado y modificaciones legislativas*".

Por lo expuesto, debemos estimar en parte el recurso, rechazando como acto de obstaculización el incremento de tarifas al no haberse probado que ese incremento se haya producido.

SEXTO.- Costas procesales.

24. Al estimarse parcialmente la demanda y el recurso, no se imponen las costas en ninguna de las dos instancias (artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de CAIXABANK S.A. contra la sentencia de 10 de junio de 2016 , que revocamos en parte, en el sentido de rechazar que se haya producido un acto de competencia desleal por el incremento de comisiones, dejando sin efecto la prohibición contenida en el fallo al respecto. Sin imposición de las costas en ninguna de las dos instancias.

Contra la presente resolución las partes legitimadas podrán interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.



Remítanse los autos al Juzgado de procedencia con testimonio de esta sentencia, una vez firme, 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. Magistrado Ponente, celebrando audiencia pública. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ