



Roj: **SAP B 4896/2011 - ECLI:ES:APB:2011:4896**

Id Cendoj: **08019370152011100109**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **12/04/2011**

Nº de Recurso: **526/2010**

Nº de Resolución: **160/2011**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JUAN FRANCISCO GARNICA MARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJMer, Barcelona, núm. 3, 26-05-2010,
SAP B 4896/2011**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN DECIMOQUINTA

Rollo núm. 526/2010-3ª

Juicio Ordinario núm. 861/2009

Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona

SENTENCIA núm. 160/2011

Ilustrísima/os Señora/es Magistrada/os:

D.ª MARTA RALLO AYEZCUREN

D. LUÍS GARRIDO ESPA

D. JUAN F. GARNICA MARTÍN

En la ciudad de Barcelona, a doce de abril de dos mil once.

VISTOS en grado de apelación por la Sección Decimoquinta de esta Audiencia Provincial los presentes autos de juicio ordinario, tramitados con el número arriba expresado por el Juzgado Mercantil número 3 de esta localidad, por virtud de demanda de Maccorp Exact Change, S.A. contra Caixa D'Estalvis i Pensions de Barcelona (La Caixa), pendientes en esta instancia al haber apelado Maccorp Exact Change, S.A. la sentencia que dictó el referido Juzgado el día 26 de mayo de 2010.

Han comparecido en esta alzada la apelante Maccorp Exact Change, S.A., representada por el procurador de los tribunales Sr. López Chocarro y defendida por el letrado Sr. Selas Colorado, así como la demandada en calidad de apelada, representada por el procurador Sr. Manjarín y defendida por el letrado Sr. Torres Vallespí.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: FALLO: << *Desestimando la demanda interpuesta por la representación en autos de la mercantil MACCORP EXACT CHANGE S.A. se absuelve a la mercantil CAIXA D'ESTALVIS DE BARCELONA (LA CAIXA), de lo pretendido de contrario. Cada parte hará frente a sus costas y las comunes por mitad* >>.

SEGUNDO. Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación Maccorp Exact Change, S.A. Admitido en ambos efectos se dio traslado a la contraparte, que presentó escrito impugnándolo y solicitando la



confirmación de la sentencia recurrida, tras lo cual se elevaron las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial, que señaló votación y fallo para el día 16 de marzo pasado.

Actúa como ponente el Magistrado Sr. JUAN F. GARNICA MARTÍN.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO . Objeto del proceso y del recurso

1. La actora Maccorp Exact Change, S.A. (en adelante Maccorp) ejercitó frente a Caixa D'Estalvis i Pensions de Barcelona (en adelante La Caixa) acciones de **competencia desleal** al amparo de los arts. 5, 15.2, 16.2 y 14.1 de la Ley de **Competencia Desleal** (en adelante, LCD) en solicitud de que se condene a la demandada a mantener la operativa de las cuentas en las condiciones que se venían gestionando desde su apertura, salvo las modificaciones que deban realizarse por motivo de la evolución del mercado, a permitirle el ingreso de billetes de banco extranjeros y a indemnizarle con la cantidad de 590,39 euros.

Justificaba su pretensión en que la demandada, de forma coordinada con la mayor parte de las entidades bancarias, había llevado a cabo un comportamiento obstructivo o de **obstaculización** desleal de las actividades de compraventa de divisas y gestión de transferencias con el exterior que la actora realiza, y para la que cuenta con la autorización y supervisión del Banco de España. Concretamente, las conductas desleales que imputaba a la demandada consistían en haber modificado las condiciones de las cuentas con las que venía operando, y que resultan indispensables para el ejercicio de su actividad.

2. La resolución recurrida desestimó íntegramente la demanda al considerar que, pese a haber resultado acreditado el cambio de condiciones en algunas de las oficinas de La Caixa con las que la actora venía operando, concretamente la del barrio de Moratalaz, en Madrid, ese cambio no se produjo en todas ellas sino que la actora ha podido seguir operando a través de la oficina de Alicante. También se llegó a la conclusión de que el cambio en las condiciones con las que venía operando, si bien se hizo sin respetar el plazo de preaviso establecido en el propio contrato de cuenta corriente, se hizo dentro de los parámetros fijados por el Banco de España.

3. El recurso de la actora denuncia los siguientes vicios que, en el parecer de la recurrente, habría cometido la resolución recurrida:

1º) Haber limitado erróneamente la controversia a uno de los actos de obstrucción cometidos por la demandada (los de la oficina de Moratalaz), dejando de lado los cometidos en las oficinas de Sevilla y Alicante.

2º) Error al interpretar y aplicar el art. 5 LCD , al no considerar probados los actos de obstrucción y considerar justificados los cambios en las condiciones pactadas.

3º) Error al no tomar en consideración como acto de obstrucción el realizado en fecha 25 de marzo de 2009 por la oficina de Alicante, esto es, el rechazo de un ingreso en moneda extranjera.

4º) No se han tomado en consideración los hechos indicativos de que la demandada ha llevado a cabo actos de práctica concertada o conscientemente paralela entre La Caixa, CECA, el grupo Banco Santander y otras entidades bancarias en las que previamente tuvo abiertas cuentas (Banco Sabadell y BBVA).

5º) Los actos que han resultado acreditados, particularmente el rechazo de ingresos, constituyen actos de inducción a la infracción contractual del art. 14.1 LCD .

6º) Si el daño reclamado ha sido modesto (590,39 euros) es porque se ha limitado a la diferencia por comisiones en un lapso de tiempo corto.

SEGUNDO . Antecedentes de hecho relevantes

Son antecedentes de hecho de interés que en lo sustancial las partes no discuten los siguientes:

1º) La actora, entidad dedicada a operaciones de compra y venta de billetes extranjeros, cheques de viajeros y a operaciones de transferencia con el exterior, se encuentra debidamente inscrita en los registros que supervisa el Banco de España. 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 .

2º) Ha operado con diversas entidades bancarias, tales como Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., Banco de Sabadell, S.A. y Caixa d'Estalvis i Pensions.



3º) La actora comenzó a canalizar las operaciones de ingreso de euros para su conversión en dólares y envió al exterior a través de La Caixa en febrero de 2005. Hasta esa fecha lo venía haciendo con BBVA, que poco antes le canceló las cuentas impidiéndole seguir realizando tales operaciones. En fecha 21 de abril de 2005, el Sr. Basilio, de la oficina 4931 de La Caixa, le comunicó que no se le permitía proseguir con esas operaciones, ante la imposibilidad de tener conocimiento del origen de los fondos. Tras ello comenzaron a operar con Banco Sabadell y, tras varios meses de normalidad, en fecha 28 de marzo de 2006, dicho Banco le comunicó la cancelación de las cuentas. También desde el Grupo Santander (Banco Santander y Banesto) le negaron la operativa.

4º) Maccorp tiene abiertas cuentas con La Caixa en las siguientes oficinas:

- a) Oficina 4931, en el barrio de Moratalaz, de Madrid, desde noviembre de 2000.
- b) Oficina 4044, en la localidad de Nuevo Baztán, desde marzo de 2000.
- c) Oficina 3272 de Barcelona, desde julio de 2004.
- d) Oficina 2542 de Sevilla, desde mayo de 2004.
- e) Oficina 2106 de Alicante, desde diciembre de 2008.

5º) Las distintas oficinas tenían la posibilidad de pactar condiciones distintas en cuanto a costas y comisiones aplicadas. Durante el tiempo en el que se prolongaron las relaciones, las oficinas de La Caixa comunicaron a la actora las condiciones que se aplicaban a sus operaciones, en función de los ingresos y operaciones realizadas.

6º) Entre el año 2003 y el 1 de diciembre de 2008, la actora había venido realizando en sus cuentas en oficinas de La Caixa ingresos de billetes de banco extranjero, transportados en sacas a través del servicio de seguridad LOOMIS.

7º) El día 1 de diciembre de 2008, el director de la oficina 4931 remitió a un empleado de la actora un correo en el que le indicaba una modificación de la operativa, de manera que no se aportaran las sacas con la moneda sino que se debía contratar un servicio de recogida, manipulación y depósito de billetes para que se aceptara posteriormente el ingreso mediante un simple apunte en cuenta.

8º) El día 5 de diciembre de 2008, de nuevo se dirigió el director de la misma oficina a la actora en un nuevo correo en el que, además de insistir en ese cambio, se rechazó que continuara cursando órdenes de movimientos de fondos por fax o por correo electrónico. También se le modificaron las condiciones vigentes hasta la fecha respecto de otras operaciones de cambios de fondos y se estableció una comisión de mantenimiento en las cuentas de depósito a la vista, que habían estado exentas durante todo el tiempo anterior en el que las cuentas estuvieron abiertas.

9º) El día 11 de diciembre siguiente, la misma oficina rechazó hacerse cargo de una saca con dinero destinado a ser ingresado en las cuentas de la actora.

10º) El día 22 de diciembre de 2008, esa misma oficina comunicó a la actora que, a partir del día 1 de enero siguiente, dejaba de tener efecto la tarifa bonificada que le estaba aplicando y pasaría a aplicarle las tarifas generales.

11º) Entre el día 23 de diciembre de 2008 y el 12 de enero de 2009 la actora abrió nuevas cuentas en la oficina de La Caixa de Alicante pactando las mismas condiciones que le acababa de negar la oficina de Moratalaz.

12º) El 30 de diciembre de 2008 la oficina de Sevilla le comunicó el incremento de los precios de las comisiones por la gestión de cheques de viaje.

13º) El 25 de marzo de 2009 la oficina de Moratalaz rechazó un ingreso de 175.000 dólares USA que se efectuaba en la cuenta abierta en la oficina de Alicante aduciendo como justificación que " *esta entidad no ha aceptado la operativa de ingreso en efectivo procedente del exterior solicitada*".

14º) Tras la ampliación de la demanda frente a la Confederación Española de Cajas de Ahorro (CECA), por modificación de las condiciones que tenía pactadas con la actora, con un notable incremento de las comisiones, se produjo un acuerdo transaccional entre las partes, aprobado por auto de fecha 30 de noviembre de 2009, por el que, entre otros acuerdos, la CECA se comprometió a dejar sin efecto la modificación de condiciones impugnada en la demanda y pactar las condiciones económicas a las que se someterían en el futuro sus relaciones comerciales.

TERCERO. Sobre el proceso anterior seguido entre la actora y Banco de Sabadell



1. Tal y como en la propia resolución impugnada se recoge, los hechos objeto de enjuiciamiento en el presente proceso son en parte similares a los que fueron objeto de un juicio anterior también iniciado por la actora del presente procedimiento, Maccorp, si bien, en aquel caso contra la entidad Banco de Sabadell. Tal proceso, sustanciado en primera instancia ante el Juzgado Mercantil núm. 2 de Barcelona (autos de Juicio Ordinario núm. 396/2006), finalizó con nuestra Sentencia de fecha 28 de marzo de 2008, que confirmó la de primera instancia que había estimado la demanda y condenado a la demandada a cesar en los actos de **competencia desleal** ejecutados al cancelar las cuentas con la actora.

2. En el referido proceso quedó acreditado que la actora estaba siendo objeto de hostigamiento por diversas entidades bancarias, además de Banco de Sabadell, única demandada en el mismo. Entre ellas se mencionaba a BBVA, entidad con la que Maccorp estuvo trabajando y que fue la primera en cancelarle las cuentas, así como La Caixa, que había restringido sus operaciones, y otras entidades, como Bankinter y Caja Madrid que rechazaron prestar sus servicios para la actora, igual que luego ha ocurrido por las entidades que integran el Grupo Banco Santander (que integra Banesto).

3. También se hizo referencia a dos circunstancias muy significativas, que permiten contextualizar el conflicto que enfrenta las partes en el presente proceso:

i) Las entidades bancarias mencionadas son prácticamente las únicas que en territorio español están en condiciones técnicas de ofrecer los servicios que demanda la actora para el desarrollo de su actividad.

ii) La actora entra en directa competencia con esas entidades bancarias, que persiguen la captación de clientela interesada en la realización de transferencias al exterior y que se ha decantado de forma muy mayoritaria por los servicios que les ofrecen entidades como la actora.

4. En ese contexto, y atendido que la actora, y las entidades que como ella se dedican a la captación de dinero para transferirlo al extranjero, deben forzosamente operar a través de entidades de crédito con capacidad para llevar a cabo esa operativa, se consideró que la decisión de aquel banco (Banco de Sabadell) de cancelar las cuentas y, posteriormente, la negativa de prestar los demás servicios bancarios contratados constituía un acto de **obstaculización** desleal que vulneraba 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.

5. También se consideró que la conducta era susceptible de ser subsumida en el art. 15.2 LCD, por violación del art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, por ser deducible una práctica concertada que produce el efecto de restringir la competencia. Así, se afirmaba: *<< 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>>* (FJ 8º, párrafo 2º).

6. La resolución recurrida ha estimado que la aplicación de los criterios establecidos en aquella sentencia no pueden ser automáticamente transpuestos al caso enjuiciado, por cuanto que (i) los comportamientos objeto de uno y otro proceso son distintos (allí se cancelaban las cuentas y aquí únicamente se produce una modificación unilateral de las condiciones pactadas), (ii) también es distinto el lapso temporal (los hechos allí enjuiciados corresponden al año 2006 y aquí al periodo que media entre noviembre de 2008 y enero de 2009) y, particularmente, (iii) la actora sigue pudiendo llevar a cabo su actividad a través de una de las oficinas de la demandada.

7. Lo resuelto en el proceso referido no es más que un precedente a tomar en consideración en éste, por cuanto (i) la cuestión en ambos casos afrontada presenta indudables analogías y (ii) porque se inscribe en el ámbito de un mismo conflicto que se está librando en el mercado entre operadores, que desborda los límites subjetivos y uno y otro proceso. Por esas razones, es preciso que la respuesta que el conflicto tenga en uno y otro caso no sea esencialmente divergente.

Por lo demás, es evidente que lo resuelto en el proceso anterior no produce otros efectos en el presente. Ni el precedente judicial tiene valor vinculante en nuestro sistema jurídico ni entre uno y otro proceso se produce la identidad de partes que podría justificar la aplicación de los efectos de la cosa juzgada.

CUARTO. Actos de obstrucción

1. Los tres primeros motivos del recurso de la actora guardan relación con los actos de obstrucción imputados a la demandada. La recurrente imputa a la resolución recurrida:



- a) Haber limitado erróneamente la controversia a uno de los actos de obstrucción cometidos por la demandada (los de la oficina de Moratalaz), dejando de lado los cometidos en las oficinas de Sevilla y Alicante.
- b) No haber tomado en consideración como acto de obstrucción el realizado en fecha 25 de marzo de 2009 por la oficina de Alicante, esto es, el rechazo de un ingreso en moneda extranjera.
- c) No haber considerado que los actos imputados, y que la propia resolución estima probados, suponen una violación del art. 5 LCD, por considerar justificados los cambios en las condiciones pactadas.

2. Antes de entrar en el examen de las concretas cuestiones que el recurso plantea es preciso recordar lo que sobre los actos de obstrucción decíamos en el FJ 6º, apartado II, de nuestra Sentencia de 28 de noviembre de 2008, antes citada:

<<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 extralimitación 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>>.

3. Por consiguiente, para dar respuesta a la cuestión que plantea la demanda, y en la que el recurso insiste, será preciso examinar los actos que se imputan a la demandada para examinar si son actos de **obstaculización**, es decir, actos que no cuentan con una justificación objetiva y que afectan negativamente a la posición concurrencial de la actora interfiriendo su actividad en el mercado.

Para ello es preciso tomar en consideración no solo cada uno de los actos en sí mismo considerado sino también, de forma conjunta, todos los que se imputan a la demandada, así como el contexto en el que se realizan, que viene delimitado por otros actos realizados por otras entidades de crédito.



La razón por la que debe ser así la poníamos de manifiesto en nuestra Sentencia de 28 de noviembre de 2008. En el FJ 7º, apartados I y II, al examinar las conductas concretas sospechosas de ser contrarias al art. 5 LCD, se ponía el acento en la intención que subyacía, más que en los concretos actos aislados directamente considerados. Estos actos no son relevantes por sí mismos sino en cuanto que indicadores de una concreta voluntad de obstaculizar la actividad de la parte actora. Esto mismo es lo que debe hacerse para examinar la conducta que se imputa por la actora a La Caixa. De manera que no es suficiente con su examen particularizado sino que debe tenerse en todo momento presente el contexto en el que se produce, para intentar deducir las razones que la justifican.

4. Efectivamente, tal y como sostiene la recurrente, la resolución recurrida, aunque en el apartado de hechos probados recoge como tales otros hechos posiblemente relevantes, luego se ha limitado, al examinar los actos de **obstaculización**, a poner el acento en la modificación de las condiciones operada por la oficina de Moratalaz, sin tomar en consideración el contexto en el que ese cambio se produjo, y particularmente: (i) el cambio de condiciones también operado en la oficina de Sevilla y (ii) el rechazo de la operación de ingreso de la cantidad de 175.000 \$USA en la cuenta abierta en Alicante, aunque efectuada a través de la oficina de Moratalaz, el 25 de marzo de 2009.

La recurrida aduce que el rechazo de este último ingreso fue consecuencia de que su origen era sospechoso (Colombia) y no se dieron las explicaciones requeridas sobre el origen de los fondos, en aplicación del Protocolo sobre Prevención de Blanqueo de Capitales procedentes del Extranjero. Y, respecto de la modificación de condiciones por parte de la oficina de Sevilla, que no se aduce en qué consistió ni qué consecuencias se derivaron.

5. La resolución recurrida estimó acreditado que el 30 de diciembre de 2008 la oficina 2546 de La Caixa en Sevilla incrementó las comisiones por la gestión de cheques de viaje, en línea con lo afirmado en la demanda y que la demandada no ha cuestionado.

Es cierto que este hecho, en sí mismo considerado, es poco trascendente, aunque el incremento en las comisiones fuera significativo y no aparezca justificado por razones objetivas. Lo significativo, en cambio, es el contexto en el que se produce: prácticamente en las mismas fechas en las que la oficina de Moratalaz también lleva a cabo un significativo cambio de las condiciones con las que venía trabajando con la actora, empeorándolas notablemente. Aunque no pueda descartarse que se trate de algo no coordinado, esto es, de una simple coincidencia en el tiempo, es una coincidencia muy sospechosa.

6. Por otra parte, también es un dato incontrovertido que la demandada rechazó el ingreso de 175.000 \$USA a que se ha hecho referencia en el recurso, ingreso que, si bien iba dirigido a la cuenta abierta en Alicante, se materializó en la oficina de Moratalaz. La causa aducida en la oposición al recurso para justificar la negativa a admitir ese ingreso, que el origen de ese dinero era Colombia y debía justificar su origen, no tiene soporte probatorio alguno, ni tampoco justificación razonable.

Lo único que se conoce en las actuaciones sobre ese ingreso es que corresponde a dólares USA, como tantos otros ingresos realizados con anterioridad a los que no se puso por la demandada reparo alguno. La única particularidad es que su importe era superior al de otros ingresos, que raramente sobrepasaban los cien mil dólares USA. La razón por la que se denegó resulta de lo que se afirma en el doc. 108 de la contestación (folio 444, al tomo I), una comunicación firmada por el Sr. Justo, director de la oficina de Moratalaz, y es bien escueta, a la vez que clara: << esta entidad no ha aceptado la operativa >>. A la vista de tan parca explicación, cobra perfecta credibilidad lo que sostiene la actora en su demanda, que el rechazo de ese ingreso fue un flagrante acto de **obstaculización** de sus actividades; ninguna otra explicación razonable existía para ese acto de la demandada.

Y, tal y como se afirma en la demanda, tal rechazo del ingreso es un acto muy significativo. Primero, porque fue el dato determinante que impulsó a la actora al ejercicio de acciones judiciales. Y segundo, porque, desde la propia perspectiva de la demanda, evidenciaba que la demandada no se había contentado con su estrategia de incomodación a Maccorp mediante el cambio de condiciones sino que estaba dispuesta a proseguir con sus actos de **obstaculización** mucho más allá. Que, pese a todo ello, la contestación a la demanda no se refiriera a ese acto no es signo de su irrelevancia sino de que muy probablemente la demandada no tenía buenas razones con las que justificarlo. Por todo ello, es preciso compartir con la recurrente, tal acto tiene una relevancia superior a la que le ha concedido la resolución recurrida.

Por otra parte, la justificación que se ofrece en la oposición al recurso (las sospechas sobre el posible origen ilícito de los fondos y el cumplimiento del Protocolo sobre Prevención de Blanqueo de Capitales procedentes del Extranjero), carece de credibilidad: primero, porque no fue ésa la razón esgrimida para rechazar el ingreso; y segundo, porque tal actividad de supervisión no le corresponde a la oficina bancaria cuando quien realiza el ingreso es una entidad como la actora, que actúa bajo la directa supervisión del Banco de España.



No puede ignorar la demandada que actos como ése no fueron novedad en la oficina núm. 4931, esto es, la oficina de Moratalaz, sino que ya en el año 2005 esa misma oficina había restringido algunas operaciones a la actora con una justificación similar (doc. 55 de la demanda, al folio 261, el tomo I) y que nuestra Sentencia de 28 de noviembre de 2008 (Rollo 43/2008) se refirió explícitamente a esas conductas como actos de **obstaculización**.

7. Por consiguiente, el cambio o modificación de las condiciones realizado de forma unilateral por la oficina de Moratalaz, otra de las cuestiones centrales en torno a las que se funda la alegación de que la demandada está realizando actos de **obstaculización** a su actividad, debe ser considerado, además de en sí mismo, también en el contexto de esos dos actos realizados en fechas similares, para determinar si todos ellos obedecen a un propósito común. La resolución recurrida consideró que no puede aceptarse o apreciarse deslealtad porque son actos de una única oficina y se limitan a un cambio puntual de tarifas y comisiones. Esa conclusión se refuerza con el argumento de que la actora ha podido seguir operando a través de la propia entidad demandada, si bien a través de una oficina distinta, aunque con condiciones similares a las que tenía antes de que fueran modificadas por la oficina de Moratalaz.

8. El hecho de que sean actos de una oficina aislada no es suficiente para excluir que pueda tratarse de actos de **obstaculización** imputables a la demandada. Lo determinante no es ese dato sino el propósito al que responden. Actos de la demandada son todos los de sus diferentes oficinas, con independencia de que, al adoptarlos, sus dependientes contaran con mayor o menor grado de autonomía o coordinación. Y tampoco puede justificar la conducta que, de forma prácticamente simultánea, la demandada haya permitido a la actora continuar con su actividad a través de una oficina diferente y en condiciones similares a como lo había venido haciendo en la oficina de Moratalaz. Lo relevante, como acto de **obstaculización**, es el dato de que le hubiera impedido llevar a cabo su actividad en una oficina, aunque se lo haya permitido en otras. Si lo hubiera impedido en todas el acto sería aún más grave. Pero basta que lo haya hecho en alguna de sus oficinas, precisamente aquella con la que venía trabajando la actora de forma más intensa, para que deba estimarse que existe acto de **obstaculización**.

9. Y tampoco es determinante que la demandada no llegara a cancelar las cuentas, al contrario de lo que hicieran otras entidades, particularmente el Banco de Sabadell, entidad condenada en el proceso anterior. La cancelación de las cuentas, o impedir su apertura, como otras entidades hicieron, es evidente que comporta un acto de **obstaculización** de la actividad desarrollada por la actora, una empresa que forzosamente debe actuar por medio de entidades bancarias, y no precisamente a través de cualquier entidad bancaria sino de un grupo limitado de ellas, la mayor parte de las cuales han puesto inconvenientes al normal desarrollo de su actividad. Pero, la cuestión relevante en este proceso es si también se puede obstaculizar la actividad de la actora imponiéndole condiciones injustificadas, sin llegar al extremo de la cancelación de las cuentas o de impedir su apertura. Y la respuesta es afirmativa. Los actos de hostigamiento de baja intensidad realizados a través de cambios en las condiciones en la operativa o en el precio de esos servicios a clientes como la demandante, que se ven forzados a utilizar sus servicios, son también aptos para constituir actos de **obstaculización**. Lo determinante no es su grado de lesividad, pues basta que sean perjudiciales, sino el propósito al que obedecen.

Por consiguiente, de lo que se trata es de enjuiciar si es ello lo que ha ocurrido en el supuesto enjuiciado, es decir, si efectivamente los cambios producidos no están justificados por razones objetivas y obedecen exclusivamente a un propósito de hostigamiento.

10. Y, por otra parte, tampoco es determinante que la actora tuviera derecho a hacer el cambio de condiciones cuestionado, esto es, que el mismo no rebasara los límites que el Banco de España le permite y que aplica a otros clientes. Lo relevante es exclusivamente si esos cambios responden a razones objetivas, y por consiguiente son compatibles con la buena fe con la que tienen que competir los operadores en el mercado, u obedecen al propósito de poner obstáculos a la actividad del competidor.

El recurso combate los argumentos con los cuales se ha descartado por la resolución recurrida que el cambio en las condiciones contractuales llevado a cabo por la oficina de Moratalaz tuviera como finalidad obstruir el normal desarrollo de su actividad por parte de la actora, así como aquéllos con los que también se podría haber descartado, pues fueron oportunamente aducidos por la demandada al contestar, aunque no hayan sido tomados en consideración por el Sr. juez mercantil. Esos argumentos son los siguientes:

- a) la transformación de la operativa bancaria;
- b) la repercusión del coste de los servicios; y,
- c) la retirada de posiciones de pasivo.

11. Antes de comenzar con el examen de cada una de esas cuestiones, es preciso recordar cuáles fueron los cambios en las condiciones impuestos por la oficina núm. 4931 de La Caixa en diciembre de 2008: (i) dejar



de ingresar el dinero en la propia oficina a través del envío de sacas a través de una empresa de seguridad (LOOMIS); (ii) dejar de solicitar las órdenes de movimientos de fondos a través de *fax* o correo electrónico; y (iii) elevar la comisiones por las operaciones de movimientos de fondos y establecer una comisión de mantenimiento.

Por consiguiente, no afectan a una única cuestión sino a una pluralidad de cuestiones distintas, lo que plantea una primera observación que es preciso tener en cuenta: si existía alguna razón objetiva para que todos esos cambios se quisieran imponer por la demandada durante un lapso temporal muy breve, de aproximadamente una semana. No se ha expuesto por la demandada que exista una razón común que justifique que todos esos cambios, que afectan a cuestiones bien distintas, se acordaran de forma tan cercana en el tiempo cuando la relación entre las partes databa de años, de manera que ello constituye un indicio de que es poco probable que los cambios obedezcan a causas objetivas, o al menos de que obedecieran de forma esencial a tales razones, pues es muy sospechoso que tantas razones objetivas coincidan en el tiempo.

Y a ello debe añadirse que, como antes se ha examinado, también el cambio de condiciones decidido por la oficina de Sevilla se adoptara sólo unas semanas más tarde (el 30 de diciembre de 2008).

12. También es un dato indicativo el relativo a la forma en la cual se fueron comunicando esos cambios por parte de la oficina de Moratalaz, en tres momentos diferenciados, aunque muy próximos entre sí:

1º) A través de un correo del director de la oficina a un empleado de la actora, remitido en fecha 1 de diciembre de 2008, que se limita a comunicar un cambio, el relativo a la operativa de ingreso de los fondos.

2º) En un segundo correo, de fecha 5 de diciembre siguiente, el mismo director de la oficina insiste en aquel cambio y aprovecha para comunicarle la modificación del precio de los servicios.

3º) En fecha 22 de diciembre la misma oficina comunicó a la actora un empeoramiento de las condiciones relativas al precio de los servicios comunicada en fecha 5 de diciembre.

Tampoco parece que exista una razón objetiva que pueda justificar esa cascada de comunicaciones libradas por la demandada a la actora, de cada una de las cuales resultaba un empeoramiento de las condiciones para ésta.

13. Que esas decisiones no responden a un criterio de mercado resulta también de los propios actos de la parte demandada, eso sí, ejecutados por otros de sus dependientes, los gestores de la oficina núm. 2106 de Alicante, que aceptaron, de forma prácticamente simultánea, las mismas condiciones que a la oficina núm. 4931 le parecían no ajustadas a los cambios que había experimentado el mercado. Ello es razón suficiente para que deba considerarse que ese cambio en las condiciones, impuesto por la oficina de Moratalaz, no obedecía a otro propósito que el de obstaculizar las actividades de la actora, por lo que incurre en lleno en los actos de **obstaculización** que deben considerarse como desleales, por contrarios al principio de buena fe que el art. 5 LCD sanciona.

14. A continuación es preciso examinar si las razones aducidas por la parte demandada justificaban esos cambios.

Respecto de la transformación de la operativa bancaria, aducida por la demandada al contestar a la demanda como causa justificativa del cambio en las condiciones, la resolución recurrida se limita a recoger la alegación de la parte aunque sin entrar en mayores consideraciones sobre si esa modificación podría haber justificado el cambio en las condiciones. Frente a ello la recurrente aduce que: (i) se trata de una simple alegación de parte, carente de soporte probatorio; (ii) que, si realmente hubiera sido ése el motivo, lo razonable hubiera sido que se hubiera discriminado, a efectos de costo, entre los servicios prestados virtualmente y los demás que se prestaran presencialmente; y (iii) que los únicos motivos aducidos como justificación para el cambio eran "motivos de seguridad".

La Sala considera que no puede considerarse acreditado que los cambios impuestos estuvieran justificados, al menos todos ellos, por el cambio en la operativa bancaria, por la repercusión del coste de los servicios ni por la retirada de posiciones de pasivo. A continuación se pasa a analizar cada uno de esos aspectos con el necesario detalle.

15. El cambio en la operativa se refiere a dos cuestiones distintas: (i) de una parte, la sustitución de las órdenes de movimientos de fondos que se venían realizando por *fax* o por correo electrónico para pasar a desarrollarlo por el servicio de <<Línea Directa>>; y (ii) de otra, utilizar un servicio de recogida, manipulación y recuento de la moneda nacional y extranjera.

La primera de esas modificaciones no se estima que comporte un acto de **obstaculización**, al contrario de lo que se alega en la demanda, que lo compara con los actos de **obstaculización** que antes imputara a Banco



de Sabadell. No puede compartirse que sea así: los actos de **obstaculización** imputados a Banco de Sabadell comportaron la supresión de esos medios electrónicos y su sustitución por la presencia personal en las oficinas bancarias, lo que no ocurre en el supuesto ahora enjuiciado.

16. No ocurre lo mismo con la segunda de las modificaciones, la necesidad de utilizar un servicio de recogida, manipulación y recuento, en lugar de permitir que los fondos se aportaran en efectivo a las propias oficinas bancarias. No puede considerarse acreditado que ese cambio obedezca a razones de seguridad, tal y como se afirmaba en los correos librados a la actora por el director de la oficina bancaria, y tampoco que se imponga, como norma, a todos los clientes que ingresen con regularidad grandes cantidades en efectivo. Por esa razón se estima que constituye un acto de **obstaculización**.

17. Tampoco puede considerarse acreditado que el incremento en las tarifas que se venían aplicando, tanto por la oficina de Sevilla como por la de Moratalaz, correspondiera a una repercusión de los servicios. Primero, porque, en tal caso, lo razonable es que se hubiera discriminado en razón a la forma en la que los servicios se prestaran (por ventanilla o por cajero automático o de forma electrónica) cosa que no ocurrió. Y segundo, porque tampoco se ha acreditado que ese cambio súbito no se limitara a la actora sino que fuera generalizado, esto es, que afectara a todos los clientes de la entidad o, al menos, a un segmento de la clientela en el que se pudiera incluir a la actora.

Y tampoco puede considerarse acreditado como causa justificativa de ese incremento en las tarifas la modificación en la posición de pasivo, por cuanto: (i) no está acreditado que las tarifas vigentes hasta el momento estuvieran vinculadas al mantenimiento de determinadas posiciones de pasivo; y (ii) tampoco que la modificación de las tarifas estuviera efectivamente vinculada a la retirada de las posiciones de pasivo. De hecho, ni siquiera lo estuvo inicialmente. El inicial cambio de condiciones, comunicado en el correo de 1 de diciembre sino que se añadió en el de fecha 5 de diciembre. Y, por otra parte, el empeoramiento de las condiciones comunicado el 22 de diciembre tampoco se ha acreditado que obedeciera a la retirada de las posiciones de pasivo, motivo que entonces adujo la oficina para justificar ese nuevo cambio.

Por consiguiente, no acreditado que el cambio en las condiciones económicas obedeciera a causas objetivas, esto es, a circunstancias de mercado, debe presumirse que obedecía a circunstancias subjetivas contrarias al principio de buena fe objetiva, es decir, al intento de poner trabas al desarrollo de la actividad por parte de un competidor.

QUINTO. Práctica concertada o conscientemente paralela

1. El recurso expone que también hay claros indicios de práctica concertada o conscientemente paralela en los actos que han quedado acreditados en las actuaciones como realizados por la demandada. En justificación de tal alegación hace referencia a los actos de obstrucción llevados a cabo poco tiempo antes por BBVA y Banco de Sabadell, así como los que de forma casi simultánea ha realizado el Grupo Santander, que le ha impedido incluso la apertura de cuentas por el hecho de tratarse de una casa de cambio y dedicarse a la transmisión de remesas al extranjero. También se hace referencia a los actos imputados a la CECA, entidad con la que finalmente ha firmado un acuerdo transaccional.

2. En nuestra anterior Sentencia de 28 de noviembre de 2008 también decíamos que las conductas allí imputadas, además de comportar una violación del art. 5 LCD también lo eran del 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. Y lo justificamos de la siguiente forma:

<< 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>>.

3. A tal argumentación, plenamente de aplicación al caso, por cuanto los actos que se imputan a La Caixa pueden considerarse, como ya entonces se consideraron, que forman parte de una estrategia general seguida



por todas las entidades de crédito con capacidad para prestar los servicios que demanda la actora, debe añadirse que la prueba practicada en las presentes actuaciones con respecto a la actuación de la CECA y el Grupo Banco Santander no hacen otra cosa que confirmar la existencia de una práctica concertada.

SEXTO. Sobre la inducción a la infracción contractual

La estimación de la demanda por los tipos del art. 5 y 15.2 LCD nos exige de entrar en el examen del siguiente tipo que se afirma violado por la conducta que se imputa a la demandada, el art. 14.1 LCD, en la medida en que los hechos son los mismos y las consecuencias asociadas a esta presunta violación no modificarían el resultado del pleito.

Por otra parte, que pueda concurrir violación de este tipo parece poco probable cuando los hechos en los que se funda en la demanda se refieren exclusivamente a las relaciones entre la actora y la demandada y el tipo del art. 14.1 LCD exige de la concurrencia de un tercero (el inducido a la infracción contractual).

SÉPTIMO. Sobre la acción de daños y perjuicios

En concepto de daños y perjuicios, y al amparo de lo que establece el art. 18.5ª LCD, se reclama una indemnización de 590,39 euros, correspondiente a comisiones cobradas en exceso o indebidamente aplicadas por consecuencia de los actos considerados desleales. La demandada no ha discutido su importe sino que se ha limitado a poner de manifiesto su escasa entidad.

No es relevante si la cantidad reclamada es mayor o menor sino si exclusivamente tiene el carácter de daño resarcible, lo que en el caso se limita a examinar si se trata de cantidades percibidas indebidamente como consecuencia de actos considerados desleales, como efectivamente ocurre. Por consiguiente, también esta pretensión debe ser estimada.

OCTAVO. Costas

Estimada sustancialmente la demanda en todos sus extremos debe seguirse, en materia de costas, el criterio establecido en el art. 394.1 LEC, imponiendo las costas de la primera instancia a la parte demandada.

Conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC, no procede hacer imposición de las costas, al haberse estimado el recurso.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de apelación interpuesto por Maccorp Exact Change, S.A. contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona de fecha 26 de mayo de 2010, dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que se revoca íntegramente y en su lugar dictamos otra por la que estimamos sustancialmente la demanda de la referida Maccorp Exact Change, S.A. frente a Caixa D'Estalvis i Pensions de Barcelona y:

1º) Declaramos que la demandada ha cometido actos de **competencia desleal** con los hechos que se exponen en el cuerpo de la presente resolución, particularmente los referidos en los apartados 6, 16 y 17 del fundamento jurídico 4º de la presente resolución.

2º) Condenamos a la demandada Caixa D'Estalvis i Pensions de Barcelona a mantener la operativa de las cuentas en las condiciones en que se venían gestionando desde la apertura, salvo las modificaciones que deban realizarse con motivo de la evolución del mercado, y a permitirle el ingreso de billetes de banco extranjero, todo ello en los términos que resultan del anterior pronunciamiento declarativo de deslealtad.

3º) Condenamos a Caixa D'Estalvis i Pensions de Barcelona a hacer pago a la actora de la cantidad de 590,39 euros.

4º) Imponemos a la demandada las costas de la primera instancia.

No hacemos imposición de las costas del recurso.

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

Remítanse los autos originales al juzgado de procedencia con testimonio 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.- La anterior sentencia ha sido leída y hecha pública por el magistrado ponente en la audiencia pública del mismo día de su fecha, a mi presencia, doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ