



Roj: **SAP B 9284/2016 - ECLI:ES:APB:2016:9284**

Id Cendoj: **08019370152016100218**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **10/11/2016**

Nº de Recurso: **426/2015**

Nº de Resolución: **241/2016**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JUAN FRANCISCO GARNICA MARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJMer, Barcelona, núm. 3, 10-02-2015,
SAP B 9284/2016**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN DECIMOQUINTA

Rollo núm. 426/2015-3ª

Juicio Ordinario núm. 334/2014

Juzgado Mercantil núm. 3 Barcelona

SENTENCIA núm. 241/2016

Composición del tribunal:

JUAN F. GARNICA MARTÍN

JOSÉ MARÍA RIBELLES ARELLANO

MANUEL DÍAZ MUYOR

Barcelona, a diez de noviembre de dos mil dieciséis.

Parte apelante: Caixabank, S.A.

Letrado/a: Sr. Torres.

Procurador: Sr. Feixó.

Parte apelada: Latin Travel Money Transfer, SAU y Latin Travel España, S.L.

Letrado/a: Sr. Selas.

Procurador: Sr. López.

Objeto del proceso: acción en materia de **competencia desleal**.

Resolución recurrida: Sentencia

Fecha: 10 de febrero de 2015

Parte demandante: Latin Travel Money Transfer, SAU y Latin Travel España, S.L.

Parte demandada: Caixabank, S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO. La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: FALLO: « *Estimando la demanda interpuesta por la representación en autos de las entidades mercantiles LATIN TRAVEL MONEY TRANSFER S.A.U. y LATIN TRAVEL ESPAÑA S.L. se condena a la mercantil CAIXABANK S.A. y se declara que los actos de **obstaculización** del normal uso de las cuentas corrientes que las actoras tenían abiertas en la entidad demandada, **obstaculización** que no les ha permitido utilizar con normalidad los servicios de transferencia on line, la contratación de seguros de cambio y la realización de transferencias con Paraguay y la Isla de Santa Lucía son actos de **competencia desleal**, debiendo cesar en los mismos y permitir a las actoras operar con normalidad a través de las cuentas abiertas en sus oficinas, manteniendo las condiciones pactadas al abrirse las cuentas y/o las aplicadas a otras entidades de pago dedicadas a la gestión de remesas, incluyendo la realización de transferencias a Paraguay, la operativa por internet y la contratación de seguros de cambio en condiciones de mercados. Condenando a la mercantil CAIXABANK S.A. a cesar en toda la actividad que obstruya el normal funcionamiento de las actoras, manteniendo operativas las cuentas abiertas en dicha entidad, conservando las condiciones pactadas al abrirse las cuentas y/o aplicadas a otras entidades de pago dedicadas a la gestión de remesas, incluyendo la realización de transferencias a Paraguay, la operativa por internet y la contratación de seguros de cambio en condiciones de mercado. Todo ello con expresa condena en costas a la demandada* ».

SEGUNDO. Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación Caixabank, 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 6 de octubre pasado.

Ponente: magistrado JUAN F. GARNICA MARTÍN.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO . Términos en los que aparece determinado el conflicto en esta instancia

1. Latin Travel Money Transfer, SAU y Latin Travel España, S.L. interpusieron una demanda contra Caixabank, S.A. a la que imputaban haber incurrido en actos de **competencia desleal**. Concretamente, los actos que las actoras imputan a la demandada consisten en actos de obstrucción de su actividad como remesadoras de divisas que consistirían en haber introducido determinadas novedades en las condiciones con las que venían operando en sus cuentas con la entidad financiera, tales como la suspensión de la contratación del seguro de cambio, la suspensión de todas las transferencias con destino a Uruguay y a la isla de Santa Lucía y la suspensión de la operativa de banca *on line*.

2. Caixabank se opuso a la demanda alegando que se había producido una pérdida sobrevenida del objeto del proceso por satisfacción extraprocesal, tal y como se derivaba de la modificación de las peticiones hechas en la demanda del Juicio Ordinario en relación con la previa solicitud de medidas cautelares, de la que se deriva una diferencia esencial, la renuncia de las actoras a sus peticiones en relación con el paraíso fiscal de Santa Lucía. Ello es consecuencia del acuerdo alcanzado previamente entre las partes tras la adopción de las medidas cautelares previas al presente proceso. Las restricciones a la operativa tenían que ver precisamente con las transferencias a Santa Lucía y con la imposibilidad de realizar seguros de cambio porque la línea de riesgos comerciales que soportaban esas operaciones estaba vencida. Por tanto, negaba que hubiere impuesto restricciones injustificadas, particularmente cuando la operativa de seguro de cambios se volvió a activar de nuevo una vez facilitada por las demandantes la documentación necesaria para volver a activar la línea de riesgos comerciales.

3. La resolución recurrida rechazó que el proceso hubiera quedado privado de objeto y estimó la demanda condenando a la demandada a cesar en los actos de **obstaculización** que no le han permitido hacer un uso ordinario de las cuentas corrientes que las actoras tenían abiertas en la entidad demandada, y particularmente en relación con la posibilidad de utilizar los servicios de transferencia *on line*.

4. El recurso de Caixabank expone, a modo de preámbulo, que el litigio que enfrenta a las partes se aleja de los conflictos típicos entre remesadores y entidades de crédito, con los que solo tiene una vinculación tangencial, ya que se trata de un conflicto relativo a la operativa ordinaria y solo en parte con actuaciones propias de la normativa sobre la prevención de blanqueos de capitales, dado que en este litigio la entidad bancaria no ha procedido a cancelar cuentas sino exclusivamente a modificar determinadas operativas. Y esas modificaciones operativas, que fueron en concreto 4, estaban plenamente justificadas, como a continuación expone el recurso:

a) La cancelación de la contratación de seguros de cambio quedó restringida pues en el momento de implementar la modificación estaba próxima a vencer la póliza de riesgos comerciales asociada. Una vez se renovó la póliza de riesgos comerciales esta medida, que solo afectaba a las operaciones a plazo, se levantó.



- b) La restricción a autorizar transferencia a Paraguay y al paraíso fiscal de Santa Lucía tenía que ver con la normativa sobre Prevención de Blanqueo de Capitales, circunstancia incluso reconocida por las demandantes.
- c) La restricción a realizar transferencias por banca *on line* o Línea Abierta se justificaba para evitar que las demandantes pudieran realizarlas a los dos países de destino restringidos, si bien se permitió que se realizaran transferencias (de forma presencial) a otros destinos desde las oficinas bancarias.

También expone el recurso que en ningún caso ha existido una actuación concertada con otras entidades de crédito para obstruir el normal funcionamiento de las remesadoras.

5. Las recurridas expusieron que la intención de la recurrente no era otra que introducir en el proceso alegaciones nuevas, en contra de la prohibición general de modificar en el recurso los términos en los que se planteó el conflicto durante la primera instancia. Así, nada se dice en el escrito de contestación sobre las razones que llevó a la demandada a interrumpir la operativa con Paraguay y ahora arguye de forma sorpresiva que se hizo con amparo en la normativa sobre Blanqueo. Y lo mismo ocurriría respecto de la alegación relativa a la ausencia de una competencia efectiva entre las partes o bien respecto a la negativa a contratar el seguro de cambio, supuesto en el que se altera la justificación originariamente ofrecida.

A ello añade que la alegación le sitúa en indefensión, por cuanto no se concreta en qué consiste la alegada infracción de la normativa sobre Blanqueo.

En cuanto al fondo, alega que es cierto que la modalidad de obstrucción es menos burda que la llevada a cabo por otras entidades financieras que incluso cancelaron las cuentas, si bien ello no excluye que exista obstrucción. Y afirma que las restricciones de La Caixa son generalizadas, se producen en un entorno de competencia en la misma actividad y entrañan una práctica concertada con otras entidades financieras.

SEGUNDO . Principales hechos que sirven de contexto

6. La resolución recurrida ha considerado acreditados los siguientes hechos, que en lo sustancial el recurso no cuestiona:

La entidad mercantil LATIN TRAVEL MONEY TRANSFER S.A. es una sociedad cuya actividad principal es la realización de operaciones de compra y venta de moneda extranjera y la gestión de transferencias con el exterior. La mercantil LATINTRAVEL- ESPAÑA S.L. es una sociedad que tiene como actividad principal el asesoramiento e intermediación en la tramitación de giros y transferencias al exterior.

Dentro de su ámbito de actuación tienen especial transcendencia las operaciones que se realizan con Paraguay.

Desde el año 2004 las mercantiles demandantes tienen abiertas diversas cuentas corrientes en la Caixa - actual CAIXABANK S.A. - cuanta que ha ido aperturando en función de las actividades comerciales de las actoras.

El 11 de febrero de 2014 la entidad demandada remitió comunicación a las actoras en las que comunicaba que al día siguiente realizaría varias modificaciones en la operativa de las cuentas, concretamente referidas a la suspensión de la contratación de seguros de cambio, la suspensión de todas las transferencias con destino a la República de Uruguay y las transferencias a la isla de Santa Lucía suspendiendo la operativa de banca *on line*.

La demandada no dio información concreta sobre las razones que llevaban a la toma de aquellas decisiones.

Las demandantes no han podido operar con normalidad con las cuentas de referencia.

No consta la existencia de expedientes administrativos o actuaciones penales que comprometan la actividad de las demandantes en su giro o tráfico habitual.

TERCERO. Sobre la alegación de cuestiones nuevas

7. Tiene razón la recurrida que el recurso de apelación no puede servir de cauce para la introducción en el proceso de cuestiones nuevas. Lo prohíbe no solo el art. 412 LEC sino, además y de forma más concreta para el recurso, el art. 456.1 LEC, conforme al cual, el ámbito del recurso queda circunscrito al de las cuestiones que se hubieran planteado durante la primera instancia.

8. En ese sentido debemos decir que la demandada se limitó a alegar durante la primera instancia en el escrito de contestación a la demanda que se había producido un acuerdo entre las partes y que en 16 de junio de 2014 habían presentado un escrito en el procedimiento de medidas cautelares expresándolo así, de forma que el objeto del proceso había quedado superado o enervado. También exponía que en ese acuerdo las actoras se habían autocensurado aceptando no contratar con el paraíso fiscal de Santa Lucía y que las restricciones a la contratación del seguro de cambios tenía justificación en el vencimiento de la línea de riesgos comerciales que las partes habían concertado. Nada decía respecto a la operativa *on line* y tampoco nada se decía sobre



la justificación para interrumpir la operativa con Paraguay o con la aplicación de la normativa sobre blanqueo de capitales.

Por tanto, tiene razón la demandada en que todas esas alegaciones constituyen cuestión nueva en la apelación, razón por la que no merecen respuesta alguna. La Sala prescindirá en su examen del recurso de ellas y se limitará a entrar en aquellas cuestiones que estén relacionadas con lo efectivamente introducido en la primera instancia por parte de la demandada.

CUARTO. Sobre los actos de obstrucción

9. No podemos compartir con la recurrente que los hechos que son objeto de enjuiciamiento en el presente proceso sean sustancialmente distintos de otros que hemos enjuiciado entre entidades que se dedican a la actividad de envío de remesas de fondos al extranjero (remesadoras) y entidades de crédito por el hecho de que en este caso la demandada no haya procedido a cancelar la cuenta sino que se haya limitado a modificar las condiciones de la operativa con la que venían actuando las partes.

De hecho, aunque la conducta no sea tan grave, no es infrecuente que entre los típicos asuntos que hemos debido enjuiciar en los numerosos pleitos que hemos resuelto se encuentran algunos muy similares al presente, en el que la entidad de crédito no había cancelado la cuenta sino que se había limitado a hostigar a la entidad remesadora con modificaciones injustificadas en las condiciones de la operativa. Buen ejemplo de ello lo ofrece nuestra Sentencia de 12 de abril de 2011 (ROJ: SAP B 4896/2011 - ECLI:ES:APB:2011:4896), recaída en un asunto en el que también estaba demandada la entidad que es demandada en este proceso.

10. Decíamos en aquella resolución, con cita de nuestra anterior Sentencia de 28 de noviembre de 2008, que "(e)l 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".

11. Por consiguiente, para dar respuesta a la cuestión que plantea la demanda, y en la que el recurso insiste, si bien de forma negativa, cuestionando que existan actos de **obstaculización**, 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 afecten 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 considerados 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.

12. Creemos que los datos que nos permiten concluir que existe actividad obstructiva son numerosos:

a) Primero, en la comunicación de 11 de febrero en la que se hacía saber por la demandada a las actoras los cambios en la operativa no se expresaba razón alguna que justificara esos cambios. Ni tampoco se condicionaban esos cambios a que las entidades de envíos de remesas demandantes pudieran llevar a cabo una actividad concreta. Los términos de la comunicación son terminantes. Tampoco en la contestación a la demanda la demandada se esforzó especialmente en justificar las razones de esa decisión y no ha sido hasta el recurso (esto es, de forma extemporánea) cuando ha expresado cuáles podían ser esas razones. Por eso consideramos que no solo no podemos tenerlas en cuenta por ser extemporáneas sino que tampoco nos merecen la menor credibilidad. Por tanto, estamos ante un acto unilateral e injustificado que solo podemos entender como un verdadero acto de obstrucción.

b) El hecho de que más tarde las actoras llegaran a un acuerdo con la demandada para permitir que cobrara efectividad el pronunciamiento de medidas cautelares y que aceptaran dejar de operar respecto de uno de los destinos originales (Santa Lucía) no desdice lo anterior. Es posible que la demandada tuviera buenas razones que oponer a la operativa de las actoras pero lo que no puede pretender ahora que fueron esas razones las que justificaron su proceder por dos hechos: (i) primero, que no lo expresaron en su comunicación, como debieron haber hecho; y (ii) segundo, porque tampoco justificaba la adopción de medidas tan indiscriminadas.

c) Esa actividad obstructiva no ha cesado porque aunque se hayan reanudado las transferencias con Paraguay, se haya desistido por las actoras de seguirlas realizando con Santa Lucía y se admita la contratación de seguros de cambio, la demandada no ha permitido la contratación *on line*, ni tampoco ha dado, de forma oportuna, razones que permitan estimar que esa restricción está justificada.

13. Por tanto, la conclusión no puede ser otra que la de tener que desestimar el recurso y confirmar con ello la resolución recurrida en sus propios términos.

QUINTO. Costas

14. Conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC, procede hacer imposición de las costas al apelante, al haber sido desestimado el recurso.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por Caixabank, S.A. contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona de fecha 10 de febrero de 2015, dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que se confirma en sus propios términos, con imposición a la recurrente de las costas del recurso.

Contra la presente resolución podrán las partes legitimadas interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este Tribunal, en el plazo de los 20 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, 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. 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