



Roj: **SAP B 6119/2018 - ECLI:ES:APB:2018:6119**

Id Cendoj: **08019370152018100387**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **19/06/2018**

Nº de Recurso: **826/2017**

Nº de Resolución: **409/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE MARIA FERNANDEZ SEIJO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Calle Roger de Flor, 62-68 - Barcelona - C.P.: 08071

TEL.: 938294451

FAX: 938294458

EMAIL:aps15.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801947120158008772

Recurso de apelación 826/2017 -1

Materia: Juicio ordinario competencia desleal

Órgano de origen: Juzgado de lo Mercantil nº 03 de Barcelona

Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario 493/2016

Parte recurrente/Solicitante: BANCO DE SABADELL, S.A., BANKINTER, SA

Procurador/a: Ricard Simo Pascual, Javier Segura Zariquiey

Abogado/a:

Parte recurrida: MONEY EXCHANGE, S.A.

Procurador/a: Ignacio Lopez Chocarro

Abogado/a:

SENTENCIA N° 409/2018

Cuestiones.- Competencia desleal. Incremento de comisiones bancarias a entidades de pago. Infracción del principio de buena fe.

Composición del tribunal:

JUAN F. GARNICA MARTÍN

JOSÉ MARÍA RIBELLES ARELLANO

JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ SEIJO

Barcelona, a diecinueve de junio de dos mil dieciocho.

Parte apelante: Bankinter, S.A.

Letrados: Francisco Javier Fernández Bermúdez y M^a Paz Barrera Vargas.

Procurador: Ricard Simó Pascual.



Parte apelada: Money Exchange, S.A.

Letrada: Carmen Hernández Sardón.

Procurador: Ignacio López Chocarro.

Resolución recurrida: Sentencia.

Fecha: 6 de junio de 2017.

Parte demandante: Money Exchange, S.A.

Parte demandadas: Banco de Sabadell, S.A. y Bankinter, S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El fallo de la sentencia apelada es el siguiente: FALLO: «*Que debo estimar y estimo la demanda, habiendo lugar a los siguientes pronunciamientos:*

1.- *Respecto de la codemandada Banco de Sabadell S.A.*

DECLARANDO que con los hechos descritos en el relato fáctico la demandada ha cometido actos de competencia desleal, debiendo cesar en los mismos y permitir a Money Exchange S.A. realizar transferencias en dólares EEUU.

CONDENANDO a cesar en toda actividad que obstruya el normal funcionamiento de Money Exchange S.A., cesando y prohibiendo la reiteración futura de la obstaculización de las transferencias en dólares EEUU.

Sin condena en costas.

2.- *Respecto de la codemandada Bankinter S.A.*

DECLARO que con la modificación de comisiones descrita en los hechos Bankinter S.A. ha cometido actos de competencia desleal,

CONDENANDO a cesar en los mismos, manteniendo las condiciones pactadas al abrirse la cuenta y/o las aplicadas a otras entidades de pago, salvo las modificaciones que deban realizarse con motivo de la evolución del mercado y las modificaciones legislativas, condenando a dicha entidad a indemnizar a la demandante por los daños perjuicios ocasionados con dicha modificación, en la cuantía que se determine en ejecución de la Sentencia, así como al pago de las costas procesales.»

SEGUNDO. Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación Bankinter, S.A. Admitido en ambos efectos se dio traslado a la contraparte, que presentó escrito oponiéndose 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 3 de mayo de 2018.

Ponente: JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ SEIJO.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

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

1.- Money Exchange, S.A. interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco de Sabadell, S.A. y contra Bankinter, S.A. imputándoles actos de competencia desleal, ejercitando la acción declarativa, la acción de cesación y la de indemnización de daños y perjuicios. La demanda se interpuso, en lo que afecta a Bankinter, por un incremento en las comisiones cobradas por las transferencias.

En lo que interesa al presente recurso, respecto de Bankinter las pretensiones de Money Exchange, S.A. eran las siguientes: «*que declare que con la modificación de comisiones descrita en los hechos Bankinter S.A. ha cometido actos de competencia desleal, debiendo cesar en los mismos, manteniendo las condiciones pactadas al abrirse la cuenta y/o las aplicadas a otras entidades de pago, salvo las modificaciones que deban realizarse con motivo de la evolución del mercado y las modificaciones legislativas, condenando a dicha entidad a indemnizar a la demandante por los daños perjuicios ocasionados con dicha modificación, en la cuantía que se determine en el acto del juicio o, alternativamente, en ejecución de la Sentencia.»*

2.- Bankinter contestó a la demanda alegando que el incremento de las comisiones estaba justificado y que, además, no podía reputarse desleal.

3.- Tras los trámites correspondientes, el juzgado dictó sentencia estimando las pretensiones de la parte demandante, por considerar que el incremento de las comisiones suponía un acto objetivamente contrario a



la buena fe. En la sentencia se afirma que: *«dada la necesidad de la actora de disponer de una cuenta corriente como la que tenía suscrita con la demandada, resulta incuestionable que la decisión de la demandada de variar las condiciones de utilización de esa cuenta supone una clara alteración del principio de libertad de competencia, limitación de carácter instrumental, puesto que produce el efecto de reafirmar la posición sostenida por la propia demandada en el sector del mercado en el que ambas partes concurrían, al hacer mucho más gravoso para la actora su desempeño en el tráfico ordinario.»*

4.- Esa profunda alteración de condiciones resulta de un simple contraste entre los docs. 3 y 7 del escrito de demanda ampliatoria dirigido contra Bankinter S.A. (obrante en el Tomo II de las actuaciones). Basta comparar la alteración de las condiciones respecto de los campos que se antojan como más esenciales para el tráfico de la actora, tal y como se enfatiza en la narración de hechos probados, para dar en esa elemental conclusión, es decir, la de la gran variación cuantitativa y cualitativa de las comisiones a aplicar por la utilización de las cuentas bancarias.»

SEGUNDO . - Principales hechos que sirven de contexto.

4.- En la sentencia se recoge el siguiente relato de hechos relevantes que no han resultado controvertidos:

«1.- Money Exchange S.A. es una entidad de pago que opera en el sector de las transferencias internacionales y otras actividades asociadas, que se encuentra debidamente autorizada por el Banco de España y que para desarrollar su actividad precisa contar con cuentas corrientes abiertas en entidades bancarias, de acuerdo con la legislación especial que le resulta aplicable.

2.- A tal fin y desde la década de los noventa, Money Exchange S.A. mantiene abierta varias cuentas corrientes en la entidad demandada Bankinter S.A., para operar en euros y en dólares.

3.- El 10/2/00 se pactaron unas condiciones para las operativas de dichas cuentas, entre las que se acordó aplicar para los pagos al extranjero una comisión del 0'3 por mil, con un mínimo de 750 Pts. Las condiciones regían tanto respecto de pagos en pesetas como en divisas.

4.- En fecha de 13/4/16 Bankinter S.A. varió unilateralmente esas condiciones, disponiendo un incremento de las comisiones a aplicar. Para el caso de transferencias de divisas o euros fuera de la Zona SEPA se previó una tarifa del 0,25%, con un mínimo de 50 euros y un máximo de 300 euros.»

TERCERO. - Motivos de apelación.

5.- Recurre en apelación Bankinter alegando los siguientes motivos:

5.1. Errónea aplicación de la Ley de Competencia Desleal (LCD), por cuanto el incremento en las comisiones (que no se niega) no se realizó con fines concurrenciales, *«encuentra su justificación en el marco del proyecto de renovación del sector de Banca de Empresas implementado por Bankinter cuyo objetivo era actualizar las condiciones económicas aplicables a un gran sector de su clientela y no sólo a Money Exchange.»*

5.2. Errónea valoración de la prueba respecto de las razones que llevaron a la demandada a incrementar sus comisiones ya que no se hizo con fines concurrenciales, sino que se adoptó la medida respecto de todos los clientes de la entidad, afectando a más de 30.000 pequeñas o medianas empresas.

5.3. Error en la valoración de la prueba, por cuanto el incremento de las comisiones no puede considerarse desleal, no es contrario a la buena fe, ni es un acto de obstaculización, sino un derecho de la demandada a fijar las condiciones en las que presta su servicio, *«la variación en las comisiones aplicables a Money Exchange es precisamente la materialización de una circunstancia usual en el tráfico jurídico y aceptada por todos los participantes del mercado, consistente en la libertad de las entidades bancarias a la hora de fijar las comisiones que cobran a sus clientes por los servicios prestados y los gastos incurridos en dicha prestación, por lo que ninguna conducta contraria a la buena fe puede atribuirse a Bankinter en proceder a actualizar las comisiones aplicables a Money Exchange - y a todo el sector de Banca de Empresas - en el marco de un proceso de reestructuración del negocio.»*

CUARTO.- Sobre el ámbito objetivo de la competencia desleal. Los fines concurrenciales.

6.- No hay discusión respecto de los hechos controvertidos. Bankinter reconoce que ha incrementado las comisiones que cobra a sus clientes, no se ha discutido que los porcentajes aplicados son los que aparecen en el relato de hechos probados. Sin embargo, Bankinter considera que ese incremento en las comisiones no se ha realizado con fines concurrenciales, que no hay infracción del artículo 2 de la LCD por cuanto el incremento se realizó a un número muy elevado de pequeñas y medianas empresas que operaban con la entidad financiera.

Decisión del tribunal.

7.- El artículo 2 de la LCD al fijar el ámbito objetivo de la ley, establece:



«1. Los comportamientos previstos en esta Ley tendrán la consideración de actos de competencia desleal siempre que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales.

2. Se presume la finalidad concurrencial del acto cuando, por las circunstancias en que se realice, se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero.

3. La ley será de aplicación a cualesquiera actos de competencia desleal, realizados antes, durante o después de una operación comercial o contrato, independientemente de que éste llegue a celebrarse o no.»

8.- El Tribunal Supremo a la hora de analizar el alcance del artículo 2.2 de la LCD ha indicado que «el párrafo segundo del art. 2 LCD establece una presunción - iuris tantum - de lo que debe entenderse, salvo prueba en contrario, por conducta en el mercado con finalidad concurrencial. En este sentido es suficiente que el acto o el comportamiento sea idóneo para influir en la estructura del mercado, perjudique la posición concurrencial de una de las partes, beneficiando objetivamente, al menos de forma potencial, la posición de otros operadores económicos que concurren en este mercado. Como ha señalado la STS de 22 de noviembre de 2010, basta que la conducta tenga una "aptitud objetiva" para incidir, "real o potencialmente en el tráfico económico", con tendencia a producir, aunque no se consiga el propósito, lo que se denomina "distorsión de la decisión de consumo"» (STS de 8 de abril de 2014 . ECLI:ES:TS:2014:1762).

9.- En el supuesto de autos el incremento de las comisiones de un 0'3 por mil a un 0'25% tiene, objetivamente, incidencia en el mercado ya que incrementa el coste de los servicios de pago prestados por la entidad demandante. La cuestión fundamental es la de determinar si ese incremento de las comisiones está justificado.

QUINTO.- Sobre la errónea valoración de la prueba referida a la justificación del incremento de las comisiones.

10.- Considera Bankinter que la sentencia recurrida valora incorrectamente la prueba referida al alcance del incremento de las comisiones. En el recurso se indica que la sentencia de instancia no ha tenido en cuenta que la decisión de incrementar las comisiones afectó a más de 30.000 pequeñas y medianas empresas, clientes de la entidad financiera.

Decisión del Tribunal.

11.- El fundamento tercero de la sentencia se refiere única y exclusivamente a la incidencia que el incremento de las comisiones tuvo en la actividad de la actora como entidad de pago, no hay mención alguna a que ese incremento de las comisiones hubiera de enmarcarse en una decisión empresarial que afectaba a las pequeñas y medianas empresas que tenían abierta cuenta en Bankinter.

La cuestión es trascendente dado que la subida de las comisiones no era una decisión aislada, que afectara solo a la actora, ni siquiera a otras entidades de pago que pudieran operar con cuentas abiertas en Bankinter.

No se discute que Bankinter adoptó esa decisión de un modo generalizado, que se comunicó a distintas empresas que tenían cuentas abiertas en la demandada. Tampoco se discute que la demandada comunicara a la actora esa decisión en el marco de una acción empresarial que afectaba a varios miles de clientes profesionales.

La valoración de esta prueba, corroborada en la vista de juicio con la declaración de los empleados de la demandada, tiene trascendencia para valorar si estaba o no justificada la subida de las comisiones.

SEXTO.- Sobre el incremento de las comisiones como acto de competencia desleal por obstaculización injustificada.

12.- Como último motivo de apelación Bankinter hace referencia a la incorrecta valoración de la prueba respecto a la decisión del juzgado de reputar desleal, por contrario al principio general de buena fe, el incremento de las comisiones.

Decisión del Tribunal.

13.- No se trata, sólo, de una incorrecta valoración de la prueba, sino de determinar si el incremento de las comisiones que cobraba la entidad puede considerarse desleal por infracción del artículo 4 de la LCD .

En la Sentencia de esta Sección de 12 de abril de 2011 (ECLI:ES:APB:2011:4896), citando resoluciones anteriores de esta misma Sección (concretamente la de 28 de noviembre de 2008 - ECLI:ES:APB:2008:11507) indicábamos que «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» .

Más recientemente, en la Sentencia de 28 de septiembre de 2017 (ECLI:ES:APB:2017:6298), sintetizábamos el criterio de la sección, en la línea del criterio corroborado por el Tribunal Supremo , referido básicamente a la cancelación injustificada de cuentas corrientes. En esta sentencia, respecto del incremento o posible incremento de las comisiones por los servicios prestados, se indicaba que «un aumento desproporcionado de las comisiones, que no obedezcan a razones objetivas o su imposición en términos discriminatorios, puede ser constitutivo de competencia desleal» .

Por lo tanto, no todo incremento de comisiones tendrá la consideración de desleal, sino sólo aquel que se considere desproporcionado o no obedezca a razones objetivas.

En el supuesto de autos debemos tener en cuenta:

- (1) Que el contrato de apertura de cuenta corriente preveía que la entidad pudiera incrementar las comisiones.
- (2) Que las comisiones se mantuvieron sin alteración durante más de 15 años, pese a los cambios que se han producido en el mercado financiero europeo e internacional.
- (3) Que el incremento de comisiones no se produjo de modo unilateral respecto de la demandante, ni tan siquiera respecto de otras entidades de pago (la prueba documental practicada en segunda instancia permite considerar acreditado que no hay un criterio fijo y uniforme de comisiones a entidades de pago por parte de Bankinter, ya que la propia Asociación Española de Entidades de Pago indica que la comisión varía según los países y las cuentas).
- (4) Que el incremento de las comisiones no era ilimitado, sino que establecía un tope máximo de 300 €.
- (5) Que el incremento de la comisión, que ha pasado de un 0'3 por mil a un 0'25 por ciento, debe ponerse en relación con el tiempo transcurrido desde el establecimiento de la comisión inicial y la existencia de ese tope.
- (6) Que la propia demandante no ha sido capaz de precisar la concreta incidencia que ese incremento de comisiones haya podido tener en su negocio y, en concreto, la incidencia que ese incremento haya podido tener en la viabilidad del negocio o en el coste que la demandante haya tenido que repercutir a sus clientes.

En definitiva, debe estimarse el recurso por considerarse objetivamente justificado el incremento de las comisiones, no pudiéndose reputar un acto de obstaculización ya que no se acredita que el incremento fuera injustificado o desorbitado.

SÉPTIMO.- Sobre las costas.

14.- Al estimarse el recurso no hay condena en costas conforme establece el artículo 398.1 de la LEC .

15.- Al revocarse la sentencia dictada en primera instancia, conforme al principio del vencimiento objetivo en materia de costas (artículo 394.1 de la LEC), se imponen las costas a la parte demandante causadas a Bankinter.

FALLAMOS



Estimamos el recurso de apelación interpuesto por Bankinter, S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado Mercantil 3 de Barcelona el 6 de junio de 2017 revocando los pronunciamientos que afectaban a Bankinter, S.A. No hay condena en costas en la segunda instancia.

Respecto de las costas de la primera instancia, se imponen a la actora las causadas a Bankinter, S.A.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ