

Id. Cendoj: 28079230062005100222
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 04/07/2005
Nº de Recurso: 729/2002
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a cuatro de julio de dos mil cinco.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la

Audiencia Nacional ha promovido Centro de Cooperación Interbancaria, y en sus nombres y

representaciones el Procurador Sr. Dº Jorge Laguna Alonso, frente a la Administración del Estado,

dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Tribunal de Defensa de

la Competencia de fecha 9 de septiembre de 2002, relativa a autorización, siendo Codemandadas

Asociación de Consumidores Bancarios e Información Técnica de Créditos S.A. y la cuantía del

presente recurso indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por Centro de Cooperación Interbancaria, y en sus nombres y representaciones el Procurador Sr. Dº Jorge Laguna Alonso, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 9 de septiembre de 2002, solicitando a la Sala, declare la nulidad de la Resolución que nos ocupan.

SEGUNDO: Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en plazo legal formulase escrito de demanda,

haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en el escrito de demanda consta literalmente.

Dentro de plazo legal la administración demandada formuló a su vez escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que a tal fin estimó oportuno e igualmente hicieron las codemandadas.

TERCERO: Habiéndose solicitado recibimiento a prueba, practicadas las declaradas pertinentes y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día veintidós de junio de dos mil cinco.

CUARTO: En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales previstas en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y en las demás Disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO: Es objeto de impugnación en autos la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 9 de septiembre de 2002. Tal resolución acuerda prorrogar la autorización por seis meses del Registro de Aceptaciones Impagadas, interesa al servicio de Defensa de la Competencia investigue un posible incumplimiento por parte del RAI de las condiciones establecidas en la autorización en el periodo de 1994 a 1999, proceda en forma legal en relación a la denuncia de 12 de mayo de 1999 presentada por ACOBAN y vigile el cumplimiento de la propia Resolución.

De los pronunciamientos contenidos en la Resolución impugnada solo es cuestionado el primero de ellos - los tres restantes son instrumentales y se dirigen a la iniciación de un procedimiento de investigación o a la vigilancia del cumplimiento de una previa Resolución -.

Para un correcto examen de la cuestión discutida conviene resaltar los siguientes antecedentes: por Resoluciones del TDC de 30 de diciembre de 1993, 7 de octubre de 1994 y 16 de abril de 1998, se autoriza el Registro de Aceptación de Impagadas por un plazo de cinco años, estableciéndose determinadas condiciones singulares.

El 7 de septiembre de 1999 el Centro de Cooperación Interbancaria solicita prórroga de la autorización en los mismos términos que ésta había sido concedida. Como respuesta a ésta solicitud se produce la Resolución hoy impugnada.

SEGUNDO: Examinaremos en primer lugar las características esenciales del RAI. Éste Registro viene definido en cuanto es susceptible de ser consultado por bancos, cajas de ahorros y entidades financieras, en el mismo constan no solo los datos de los deudores, sino también de los acreedores, si bien estos últimos no tienen acceso al Registro y los datos de los deudores se mantienen treinta meses después de cancelada la deuda.

En la Resolución impugnada el TDC llega a la conclusión de que en las actuales circunstancias y en la actual definición del Registro no procede otorgar la autorización, y requiere a la recurrente para que presente una nueva solicitud de autorización cuyas líneas básicas han de partir de la ampliación del acceso al Registro con apertura a los acreedores y empresas de información de solvencia, inclusión de acreedores dependiendo de su voluntad e identificación tan solo en relación con el sector al que

pertenecen, y una permanencia del saldo cero no superior a tres meses. Por tal razón se otorga un plazo de seis meses de prórroga del Registro a fin de que dicha solicitud pueda presentarse.

TERCERO: Hemos de señalar en primer término que la conducta que examinamos en cuanto supone la puesta en común de información es contraria a la libre competencia de ahí que sea necesaria su autorización.

El examen jurídico de la cuestión que se nos somete encierra dos aspectos: la vulneración por la actividad que se pretende realizar de la prohibición contenida en el artículo 1.1 de la Ley 16/1989 de 17 de julio , y la concurrencia de los requisitos contenidos en el artículo 3 de la misma Ley que la convierta en autorizable.

En relación con la primera cuestión, el artículo 1.1 de la Ley 16/1989 de 17 de julio dispone: " Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional, y en particular los que consistan en...". A continuación el precepto enumera, a título ejemplificativo, una serie de conductas que incurren en la prohibición descrita con carácter general en el propio precepto.

La actividad que constituye la base de la presente controversia consiste en la constitución de un Registro, cuya finalidad es dar información en los términos antes descritos.

El Registro por tanto contiene una información relativa a la actividad económica que será puesta a disposición de las entidades que operan en el mercado de la financiación, suponiendo ello un trasvase de información uniforme a todas ellas sobre un elemento esencial de la actividad que desarrollan, al encerrar dicha información elementos esenciales para la valoración del riesgo que concurre en las operaciones de crédito que constituyen la actividad mercantil de las entidades a las que va dirigida la información.

Pues bien, la constitución por la recurrente de un Registro de tales características con acceso a él de las entidades financieras, supone una decisión por la misma adoptada que potencialmente es apta para impedir, restringir o falsear la libre competencia en todo o parte del territorio nacional y en relación a un concreto sector económico, pues la transmisión de información relevante en el tráfico financiero a las entidades que en tal sector operan, supone, si no la eliminación total al menos en gran medida, de un elemento inherente a la actividad empresarial cual es el riesgo. La existencia de una información idéntica en el mercado, conocida uniformemente por todos los operadores económicos de un sector, hace posible que tales operadores actúen de una forma coincidente adoptando estrategias económicas paralelas que limitarían la competencia entre ellos. Vemos pues que la actuación cuya autorización es objeto de impugnación, vulnera claramente lo dispuesto en el artículo 1.1 citado .

La doctrina expuesta es la mantenida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades. En su sentencia de 28 de mayo de 1998 , dictada en el asunto C-7/95 P, se contienen en lo que ahora interesa, las siguientes afirmaciones, en relación a un acuerdo de intercambio de información entre empresas: "... La Comisión consideró que el acuerdo llevaba a una restricción de la competencia, por una parte al incrementar la transparencia de un mercado muy concentrado, y por otra, al aumentar los obstáculos de acceso al mercado para los no miembros." - apartado 5 -.

"...el acuerdo de intercambio de información sobre matriculación de tractores agrícolas... infringía el artículo 85.1 del Tratado , en la medida en que da lugar a un intercambio de información que permite a cada constructor conocer las ventas de los distintos competidores y las importaciones y las ventas a concesionarios." - apartado 10 -. "En el presente asunto debe destacarse que, para llegar a la conclusión de que la reducción del grado de incertidumbre, en cuanto al funcionamiento del mercado, restringe la autonomía de decisión de la empresa y, por tanto, puede restringir la competencia en el sentido del apartado 1 del artículo 85 ... en principio, la transparencia entre los operadores económicos fomenta, en un mercado verdaderamente competitivo, la intensificación de la competencia entre los proveedores, puesto que en tal caso, la circunstancia de que un operador económico tenga en cuenta informaciones sobre el funcionamiento del mercado, de las que dispone gracias al sistema de intercambio de información, para adaptar su comportamiento en dicho mercado, no atenúa ni suprime para los otros operadores económicos, habida cuenta del carácter atomizado de la oferta, toda incertidumbre en cuanto al comportamiento previsible de sus competidores... en un mercado oligopolístico fuertemente concentrado ... el intercambio de información puede permitir a las empresas conocer la posición en el mercado y las estrategias comerciales de sus competidores, y de este modo, alterar sensiblemente la competencia subsistente entre los operadores económicos." - apartado 88 -.

En relación a la posibilidad de aplicar el párrafo 3º del artículo 85 del Tratado , la sentencia declara: "La demandante no acredita que las limitaciones de la competencia... son indispensables, sobre todo si se tienen en cuenta los objetivos de contribución al progreso económico y de reparto equitativo de beneficios..." - apartado 123 -.

Pues bien, la doctrina citada puede resumirse:

A) Que la mayor transparencia en el mercado puede ocasionar una restricción de la competencia.

B) Tal riesgo no se aprecia cuando el mercado está fuertemente atomizado.

C) Para autorizar la conducta es necesario que sea indispensable y que contribuya al progreso y reparto de beneficios.

En nuestro caso, a la luz de tal doctrina hemos de precisar:

A) La información que se pretende ofertar, es uniforme para todos los operadores que voluntariamente se adhieran al Registro y que pueden serlo todos los que actúan en el sector del crédito financiero.

B) La información directamente se encamina a la disminución del riesgo en las tomas de decisiones, por un amplio conocimiento de manera uniforme de los elementos esenciales para valorar las operaciones de crédito.

CUARTO: Entrando ahora en la segunda de las cuestiones señaladas: concurrencia de los requisitos previstos en el artículo 3.1 de la Ley 16/1989 , hemos de hacer unas precisiones previas. La interpretación del precepto ha de realizarse a la luz de los principios generales que informan la regulación en materia de libre competencia.

Los requisitos señalados en el precepto citado han de concurrir en su totalidad, como veremos, para que la conducta sea legalmente autorizable.

En relación al primero de los aspectos, hemos de señalar que en el ámbito de la Unión Europea, el antiguo artículo 85 del Tratado de Roma, hoy 81, dispone en su párrafo 1º : "... serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros, y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común".

Si bien, el sistema económico que establece el Tratado se basa en los principios de la economía de libre mercado y concede un papel esencial a la libre competencia en la puesta en práctica, desarrollo y consecución del mismo, la libre competencia no es un fin en sí mismo. Es únicamente un medio para lograr que se produzca una óptima división del trabajo, un máximo de productividad, la satisfacción de la demanda.... Los artículos del Tratado en la materia, han de ser interpretados, según ha declarado el Tribunal de Justicia de las Comunidades, y aplicados a la luz de las disposiciones contenidas en los artículos 2 y 3 f) del propio Texto - sentencias Continental Can a. 6/72 y Commercial Solvents Corporation a. 6-7/73 -. El mencionado artículo 3 f) señala el principio básico, cual es el establecimiento de un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado común, lo que exige atender no sólo a los derechos y obligaciones de los acuerdos que se enjuician, sino el contexto legal y económico en el que se han adoptado y van a desarrollar sus efectos - sentencia Beguelin Import CO. a. 22/71 -.

El T.J.C.E. ha afirmado igualmente, que la libre prestación de servicios no puede ser limitada más que por normas justificadas por el interés general y que atañan a cualquier persona o empresa que ejerza una actividad en el territorio de un Estado - sentencia Webb, 1982 -.

La idea central es pues el mantenimiento de la libre competencia como medio de conseguir un correcto funcionamiento de los mercados que haga posible el desarrollo social y tecnológico, la optimización de los recursos, la mejora en las condiciones de los usuarios, la mejora en la calidad de las prestaciones, etc... Ahora bien, cuando concurren determinadas circunstancias, puede ser aconsejable asumir un límite a la libre competencia, precisamente como medio idóneo para obtener esos mismos resultados que la libre competencia tiende a producir, y en tal marco se incardina el artículo 3.1 de la Ley 16/1989 , en cuanto prevé una autorización de prácticas anticompetitivas, cuando concurren los requisitos señalados, que tienden, como veremos, a conseguir esos efectos beneficiosos a los que nos hemos referido.

El precepto en cuestión dispone: "1. Se podrán autorizar los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas a que se refiere el artículo 1 , o categorías de los mismos, que contribuyan a mejorar la producción o comercialización de bienes o servicios, o a promover el progreso técnico o económico siempre que: a) permitan a los consumidores o usuarios participar de forma adecuada de sus ventajas, b) no impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y c) no consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados."

La dicción del precepto es clara: se requiere la concurrencia de un presupuesto; que la práctica limitadora de la libre competencia se justifique en una mejora, bien en la producción o comercialización de bienes y servicios, bien en el progreso técnico o económico; y, a continuación, el cumplimiento de tres requisitos que necesariamente han de serlo de forma conjunta y que operan, el primero como un mandato, los dos segundos como límites; y así, en relación con el señalado presupuesto, es necesario que de tales ventajas participen los usuarios y consumidores - fin éste que es uno de los que persigue la libre competencia y cuya concurrencia es requisito que justifique un límite en la misma -, establecido en la letra a). Pero además, y admitidas las ventajas para el mercado y los consumidores que justifican el límite a la libre competencia, no puede ser nunca objeto de ese límite, según las letras b) y c) del precepto, la prohibición de establecimiento de restricciones innecesarias a las empresas interesadas, y la prohibición de eliminar la libre competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios.

La lógica jurídica del precepto es meridianamente clara: aunque el principio general es la libre competencia, la misma puede verse limitada cuando ello conlleve precisamente a alcanzar los fines que la propia libertad competencial persigue, de ahí que el fundamento para autorizar una práctica restrictiva lo sea la mejora en la producción o comercialización de los bienes y servicios o el progreso tecnológico o económico, pero, como uno de los fines de la libre competencia es que los usuarios y consumidores se beneficien de un mercado más eficiente, tal fin ha de concurrir también en la práctica anticompetitiva para su autorización de suerte que las ventajas descritas tengan su reflejo en usuarios y consumidores. Pero aún admitiendo en tales circunstancias la permisibilidad de una actuación anticompetitiva nunca es admisible - luego el límite a la competencia no puede alcanzarlos - el establecimiento injustificado de condiciones restrictivas para las empresas y la eliminación de la competencia respecto de una parte sustancial del mercado. Los apartados b) y c) del artículo 3.1 constituyen un ámbito respecto del cual no se admiten en ningún caso restricciones competenciales, suponen una prohibición absoluta en la limitación de la libre competencia, y por ello se formulan en el precepto como condiciones negativas.

QUINTO: Veamos ahora si la estudiada regulación del artículo 3.1 de la Ley 16/1989 es aplicable al caso de autos.

A) Respecto del fundamento: mejora en la producción y comercialización de bienes y servicios o progreso tecnológico o económico.

Los datos que oferta el Registro tienden a disminuir el riesgo en la concesión de créditos pues procuran un profundo conocimiento del grado de solvencia del solicitante, lo cual repercute en un mercado más seguro, con una mejora en la evaluación del riesgo y consecuente aumento de primas en aquellos supuestos en que el riesgo es alto y disminución cuando el riesgo es menor, procurando la entrada de nuevos competidores ofertantes de créditos que no pueden asumir un elevado riesgo por su menor capacidad económica.

Es completamente cierto que el riesgo es inherente al mercado crediticio, pero no solo a él, es inherente a todos los mercados, pues precisamente el riesgo es consustancial a un mercado en libre concurrencia, a un sistema de libre economía - e inexistente en un sistema de planificación económica -. Por tanto la eliminación del riesgo en si mismo no es deseable en un sistema de libre competencia pues es uno de los elementos definidores de tal sistema. Así lo ha declarado el Tribunal de Luxemburgo de manera reiterada al analizar actuaciones anticompetitivas, en las que se incluyen la

sustitución de los riesgos de la competencia por una cooperación práctica - sentencia de 8 de julio de 1999, entre otras, apartado 158 -.

Ahora bien, también es cierto que un riesgo excesivo puede llevar al colapso del mercado, de ahí que una equilibrada limitación del mismo justifique la autorización de conductas anticompetitivas en cuanto un menor nivel de riesgo puede producir el efecto beneficioso en el mercado que exige el artículo 3.1 de la Ley 16/1989 .

Pues bien respecto de este requisito y en la actual configuración del Registro, consta en el ramo de prueba informes de distintas entidades de crédito que minimizan la incidencia de los datos recogidos en el Registro a la hora de decidir sus operaciones crediticias, lo que nos lleva a concluir que tal como está formulado el registro su incidencia en la mejora de la comercialización de bienes y servicios es muy limitada.

B) Respecto de la participación de los usuarios y consumidores en la mejora del mercado - requisito previsto en la letra a) -, el TDC entiende que el registro que nos ocupa, al articularse sobre un acceso restringido, no da ventajas a los consumidores y usuarios, añadiendo que en la actualidad no existe aceptación social respecto del Registro - manifestado el rechazo en las denuncias y alegaciones de asociaciones que actúan en el sector -, lo cual pone de relieve que tales ventajas no se dejan sentir, en la actual configuración, respecto de consumidores y usuarios.

C) Decíamos que el artículo 3.1 establece una prohibición, que opera como un límite insalvable a la autorización de las prácticas anticompetitivas, esto es, la limitación a la libre competencia nunca puede afectar a dos aspectos: la prohibición de imposición de restricciones innecesarias y la prohibición de eliminación de la competencia respecto de una parte sustancial del mercado.

También en éste aspecto el TDC entiende que la solicitud en la forma planteada vulnera los requisitos para conceder la autorización. Efectivamente, se señala que, a pesar de estar incluidos en el Registro, los acreedores no pueden acceder a él. Por ello entiende que supone una restricción innecesaria la denegación del acceso al Registro de acreedores y empresas de información de solvencia.

De lo expuesto resulta el ajuste a la legalidad de la decisión del TDC en cuanto entiende que no puede prorrogarse por cinco años más la autorización del Registro en la forma en que venía desarrollándose pues la experiencia ha demostrado que no cumple con las previsiones del artículo 3 de la Ley 16/1989 . De ahí que establezca una prórroga por seis meses para que puedan alterarse las condiciones de la solicitud a fin de que el recurrente pueda adaptarla a las prevenciones del estudiado artículo 3 .

SEXTO: Expuesto lo anterior hemos de examinar brevemente las posiciones de la recurrente. Se dice:

1.- ha existido vulneración del artículo 4 de la Ley 16/1989 en cuanto el TDC ha desviado el objeto de la petición. No pudo acogerse tal apreciación, pues el artículo 4.3 del citado Texto Legal determina que la autorización se renovará si persisten las circunstancias que la motivaron, y lo que resulta evidente de las argumentaciones de la Resolución impugnada es que tales circunstancias no persisten. Por ello, el TDC ha denegado la solicitud, si bien, a fin de poder concederla si la misma se plantea en términos legalmente admisibles, establece una prórroga de la

autorización para que pueda presentarse una nueva solicitud. No existe desviación del objeto de la petición, que en la forma planteada ha sido denegada, sino respondiendo a la imposibilidad de conceder la autorización en la forma solicitada, se da la posibilidad de realizar una nueva solicitud.

2.- En cuanto al acceso al Registro, obviamente la Resolución del TDC es inconcreta puesto que la que ha de plantear en su solicitud la forma de acceso al Registro es la entidad recurrente, el TDC se ha limitado a perfilar unas líneas básicas en la materia. En cuanto al respeto a la Ley 15/1999 de 13 de diciembre, será la entidad recurrente la que haya de formular las condiciones de acceso al Registro de forma que no se vulnera tal norma jurídica. Por último, el que exista un ámbito común con el CIR no supone impedimento para la concesión de la autorización.

3.- En cuanto al cambio de las circunstancias para denegar la autorización, ello incluye el supuesto en que en el desarrollo de la actividad se constate la falta de las circunstancias contenidas en el artículo 3 de la Ley 16/1989. Y a tal efecto cualquier informe emitido - no vinculante - no puede suplantar las apreciaciones del órgano regulador en materia de competencia, cuando como es el caso, las afirmaciones se basan en hechos constatables, y sus pronunciamientos son conformes a la Ley 16/1989. SÉPTIMO: De lo expuesto resulta la desestimación del recurso en cuanto la Resolución impugnada es conforme a Derecho.

No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

FALLAMOS

Que desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por Centro de Cooperación Interbancaria, y en sus nombres y representaciones el Procurador Sr. Dº Jorge Laguna Alonso, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 9 de septiembre de 2002, debemos declarar y declaramos ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada, y en consecuencia debemos confirmarla y la confirmamos en el citado aspecto, sin imposición de costas.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985, y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN / Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.