

RESOLUCIÓN (Expte. r 656/05, ADICAE / la Caixa)

Pleno

Excmos. Sres.:

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D. Antonio del Cacho Frago, Vicepresidente
D. Antonio Castañeda Boniche, Vocal
D. Francisco Javier Huerta Trolèz, Vocal
D. Fernando Torremocha y García Sáenz, Vocal
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Vocal
D. Miguel Cuerdo Mir, Vocal
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vocal
D. Julio Costas Comesaña, Vocal

En Madrid, a 7 de junio de 2006.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal), con la composición arriba expresada y siendo Ponente D. Julio Costas Comesaña, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente de recurso R 656/05 (2.599/05 del Servicio de Defensa de la Competencia; en adelante, el Servicio), interpuesto por F. H. S. de E. en nombre y representación de la “Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas y Seguros (ADICAE)” contra el Acuerdo de la Directora General de Defensa de la Competencia de 12 de mayo de 2005, de archivo de la denuncia presentada contra la “Caixa d’Estalvis i Pensions de Barcelona” (en adelante, “la Caixa”) por la realización de conductas supuestamente de competencia desleal que se supone son contrarias al art. 7 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC), consistentes en la aplicación de una comisión por cada apunte de adeudo que se efectúe en cuentas o libretas de ahorro por domiciliación de recibos de entidades prestadoras de servicios financieros ajenas al grupo “la Caixa”.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. ADICAE en su escrito de denuncia de 8 de mayo de 2005 señala que “la Caixa” ha enviado a sus clientes, en el mes de enero de 2005, una carta con el contenido siguiente:

“El constante incremento del coste asociado a las operaciones que se efectúan en cuentas o libretas de ahorro, nos impide seguir manteniendo la gratuidad de todos los cargos de recibos domiciliados

Así pues, le comunico que a partir del próximo 1 de marzo de 2005, por cada apunte de adeudo que se efectúe en sus depósitos por domiciliación de recibos por entidades prestadoras de servicios financieros ajenas al grupo "La Caixa", se cargarán 0,36 euros

La mencionada tarifa ha sido comunicada al Banco de España y figura en el tablón de anuncios de las oficinas de "la Caixa, donde se puede consultar las modificaciones que se vayan produciendo. Estas tarifas también están publicadas en www.lacaixa.es

De igual modo, y si lo desea, en su oficina le explicarán con detalle los servicios que, en función de sus necesidades financieras o familiares, podemos ofrecerle una "la Caixa". No dude que, si es el caso, encontraremos la fórmula que será de su agrado y satisfacción."

2. El representante de ADICAE considera en su escrito de denuncia que esta conducta constituye un acto de competencia desleal prohibido, tanto por el art. 10 (actos de comparación), como por el art. 16.1 (discriminación del consumidor) de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (en adelante, LCD). A la vista de la denuncia y al amparo del art. 36.3 LDC, el 29 de marzo de 2005 el Servicio acordó la práctica de una información reservada, como diligencia previa a la decisión sobre la eventual incoación de expediente sancionador, consistente en solicitar de la entidad denunciada determinada información con el objeto de conocer la realidad de los hechos denunciados. Recibida esta información (que incluía la solicitud de archivo de la denuncia por no concurrir las circunstancias previstas en el art. 7 LDC), el Servicio dictó Acuerdo de fecha de 12 de mayo de 2005, por el que se dispuso el archivo de la denuncia presentada, por entender que los hechos que constituyen su objeto no eran constitutivos de infracción alguna de la LDC.
3. Concretamente, el Servicio señala en el Acuerdo impugnado que tratándose de una conducta unilateral de "la Caixa" no es posible la aplicación de la prohibición de acuerdos colusorios del art. 1.1 LDC, que exige siempre la existencia de un acuerdo de voluntades formal y materialmente autónomas. Añade que tampoco es posible la aplicación del art. 6 LDC, por cuanto "la Caixa" no puede ostentar posición de dominio en un mercado nacional donde operan otras entidades financieras, con cuotas de mercado similares o incluso mayores que la entidad denunciada. Pero aun cuando la tuviese, el Servicio considera que la conducta reseñada no se puede calificar de abusiva, por cuanto se ha respetado toda la legislación vigente y se ha seguido el procedimiento establecido por el Banco de España en materia de transparencia de comisiones bancarias. Por último, el Servicio afirma en su Acuerdo de archivo que los hechos denunciados no constituyen

actos de competencia desleal, y menos actos de deslealtad comparativa del art. 10 LCD, pero aunque existiese infracción de la LCD, el Servicio sigue afirmando que el art. 7 LDC no sería aplicable por cuanto en ningún caso se trataría de un acto de deslealtad cualificada por falsificar el funcionamiento competitivo del mercado.

4. Contra este Acuerdo de archivo recurre la Asociación denunciante. En relación con la infracción del art. 1.1 LDC, básicamente y de forma bastante confusa, afirma que “Si por bilateralidad se entiende dos personas físicas o jurídicas independientes con una identidad de finalidad, de la misma manera en el caso que nos ocupa existe una bilateralidad de mercados”. Respecto a la infracción de la prohibición de abuso de posición dominante del art. 6 LDC, argumenta la denunciante que “la Caixa” ostenta posición de dominio en el mercado español de entidades financieras por el hecho de ser la primera Caja de Ahorros de España y la tercera entidad financiera del País, y que los hechos denunciados son abusivos por cuanto no se ajustarían al principio de competencia de méritos, pudiendo condicionar la libertad de decisión del cliente llevándole a contratar otros productos no financieros con entidades del grupo “la Caixa” y evitar así el cobro de esa comisión. Al mismo tiempo, ADICAE considera que la decisión de la entidad denunciada de implantar de forma gradual y sólo a aquellos clientes que por razones de rentabilidad económica estime conveniente, constituye un acto de discriminación prohibido. Por último, respecto a la infracción del art. 7 LDC en relación con el art. 10 LCD, la asociación denunciante considera que la conducta de “la Caixa” constituye un acto de comparación entre sus productos y los comercializados por otras entidades, que es desleal por cuanto afecta a unos extremos (gastos por comisión de gestión) que no son relevantes ni comparables, y que constituye un supuesto de deslealtad cualificada del art. 7 LDC por afectar a una práctica (la domiciliación bancaria) generalizada entre los consumidores como medio de pago, relativa a productos de enorme importancia económica (financiaciones bancarias, seguros...).
5. El recurso tuvo entrada en este Tribunal el 2 de junio de 2005. Por Providencia de 14 de julio siguiente se puso el expediente de manifiesto a los interesados para que, dentro del plazo que señala el art. 48.3 LDC, formularsen alegaciones y presentasen los documentos y justificaciones que estimasen pertinentes. Ambas partes presentaron alegaciones.

6. El Pleno del Tribunal deliberó y falló este recurso el día 24 de mayo de 2006, delegando en el Vocal Ponente la redacción de la presente Resolución.

7. Son interesados:

- Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas y Seguros (ADICAE)
- Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona (la Caixa)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el escrito de recurso formulado por ADICAE, contra el Acuerdo de 12 de mayo de 2005 de la Directora General de Defensa de la Competencia por el que se archivó su denuncia presentada contra “la Caixa”, se solicita la cesación en la conducta denunciada, pero lo cierto es que el objeto de este recurso no puede ser otro que la anulación de dicho Acuerdo de archivo y la incoación por el Servicio de expediente sancionador contra “la Caixa” (art. 47 LDC), como responsable de una conducta que sería contraria a los arts. 1.1, 6.1.a) LDC y 7 LDC en relación con el art. 10 LCD, de acuerdo con lo que se señala en dicho escrito del recurso.

SEGUNDO.- “La Caixa” se opone al contenido del recurso formulado por ADICAE, solicitando su desestimación y la confirmación del Acuerdo impugnado cuyos fundamentos asume como propios, señalando que los hechos objeto de este expediente se ajustan a la normativa aplicable, carecen de la necesaria bilateralidad de conductas autónomas que exige el art. 1.1 LDC, no contienen ninguna comparación de productos en el sentido del art. 10 LCD en relación con el art. 7 LDC, ni tampoco son abusivos de una posición dominante de “la Caixa” que no existe.

Por su parte, el Servicio informa a favor de la desestimación del recurso, señalando que las alegaciones expuestas por la Asociación recurrente no desvirtúan las razones que fundamentan su Acuerdo de archivo recurrido, que reitera de forma resumida.

TERCERO.- Cuando una persona o entidad presenta denuncia por la comisión de una conducta que considera contraria a las prohibiciones establecidas por la LDC, el Servicio está facultado por esta Ley para acordar el archivo de la misma, sin necesidad de proceder a la incoación de un expediente sancionador, cuando considere que no hay indicios de infracción. En otro caso, el Servicio deberá incoar e instruir expediente y decidir al término de la instrucción si procede remitirlo al Tribunal o acordar su sobreseimiento.

Por tanto, este recurso se debe resolver dilucidando si la conducta de la denunciada puede razonablemente dar lugar, tras la incoación del pertinente expediente sancionador, a establecer hechos que vulneren alguna de las prohibiciones establecidas en los arts. 1, 6 y 7 LDC.

CUARTO.- Los hechos objeto de este expediente están acreditados documentalmente y no son discutidos por las partes. Todavía más, la propia Asociación denunciante coincide con la entidad crediticia denunciada y con el Servicio en que la conducta denunciada se ajusta a la normativa bancaria aplicable, como así se desprende de su afirmación en el escrito de alegaciones de 10 de agosto de 2005: “El cumplimiento de tales exigencias no presupone, en ningún caso, conformidad con relación a ámbitos de actuación ajenos al sector bancario”.

QUINTO.- Así, pues, la controversia entre las partes y el Servicio se circunscribe a la valoración jurídica que, en sede de la LDC, pueda merecer la conducta de “la Caixa” de cobrar una comisión por cada apunte de adeudo que efectuó en sus depósitos por domiciliación de recibos de entidades prestadoras de servicios financieros ajenas al grupo “la Caixa”. A este objeto, el Tribunal considera que no es probable que tras la incoación de un expediente sancionador puedan aparecer indicios que desvirtúen la apreciación del Servicio de que la conducta denunciada no incurre en ninguna de las conductas prohibidas por la LDC.

SEXTO.- La entidad recurrente fundamenta la infracción del art. 1.1 LDC en la existencia de una incomprensible “bilateralidad de mercados”, cuando lo que prohíbe el precepto citado son conductas concertadas de mercado, que sólo cabe imputar a dos o más personas o entes dotados de personalidad jurídica que actúen de forma independiente en el mercado. Esta bilateralidad de voluntades económicamente autónomas no ha sido probada, ni puede existir en una denuncia dirigida exclusivamente contra “la Caixa”, por la realización de una conducta que ha sido adoptada de forma unilateral y respetando las normas bancarias aplicables (Ley 26/1988, de 29 de Julio, Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989 y Circular del Banco de España 8/1990).

SÉPTIMO.- La infracción de la norma prohibitiva del art. 6.1.a) LDC exige la concurrencia, primero, de una posición de dominio en el mercado y, segundo, la realización de una conducta constitutiva de un uso abusivo de esa fuerza de mercado. ADICAE argumenta que “la Caixa” ostenta posición dominante en el mercado nacional relevante en el sólo hecho de que es la primera Caja de Ahorros de España y la tercera entidad financiera del país. Pero lo cierto es que siendo la posición en el mercado un factor importante a tener en cuenta al valorar la existencia de una posición de dominio, no deja de ser un

dato estático que debe ser confrontado con otros, especialmente en mercados en los que, por estar abiertos a la competencia y existir una amplia presencia de operadores nacionales y extranjeros, los usuarios gozan de plena libertad de elección. Dadas estas características del mercado español, y puesto que la Asociación ahora recurrente no ha aportado en este trámite ante el Tribunal ningún elemento adicional que permita desvirtuar la apreciación negativa del Servicio, el Pleno del Tribunal no puede sino rechazar esta alegación por falta de todo fundamento.

No existiendo posición dominante, resulta innecesario analizar el eventual y necesario carácter abusivo de la conducta denunciada. Con todo se puede decir que, de existir posición dominante, la conducta de “la Caixa” no se podría calificar de abusiva. Primero, porque está objetivamente justificada en la existencia de unos costes económicos derivados de la prestación de un servicio. Segundo, porque su aplicación exclusivamente a los apuntes por domiciliaciones de recibos de entidades prestadoras de servicios financieros ajenos al grupo de empresas “la Caixa”, lejos de ser una conducta arbitraria, responde a la lógica económica de los grupos de empresas.

OCTAVO.- Por último, ADICAE alega infracción del art. 7 LDC en relación con el art. 10.1 LCD, que tipifica como acto de competencia desleal “la comparación pública de la actividad, prestaciones o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero cuando aquélla se refiera a extremos análogos, relevantes ni comparables”. A su juicio, la conducta de cobrar la comisión por domiciliación únicamente respecto de los recibos de entidades prestadoras de servicios financieros ajenos al grupo “la Caixa” constituye una comparación pública entre, por una parte, sus productos y los ofertados por otras entidades del grupo “la Caixa” y, de otro lado, los comercializados por otras entidades financieras ajenas al grupo. Un acto de comparación que sería desleal por afectar a extremos (la existencia de un gasto en concepto de comisión de gestión) que no son relevantes ni comprobables, y que resulta prohibido por el art. 7 LDC por cuanto afecta a un servicio o modalidad de pago (la domiciliación bancaria de servicios) de uso generalizado entre los consumidores, de servicios o productos de enorme importancia e incluso de carácter obligatorio.

Sobre esta cuestión es oportuno resaltar que una parte de nuestra doctrina cuestiona que la deslealtad de la conducta constituya un *prius* en la aplicación del art. 7 LDC que puede ser apreciada por este Tribunal a la luz de las conductas tipificadas en la LCD, afirmando que es más bien un *posterius* que resulta de la grave distorsión de la competencia que genera la conducta. No procede en este momento entrar en este interesante debate doctrinal, que apunta a las complejas (y, a veces, mal entendidas) relaciones entre los dos bloques normativos que integran en España el denominado Derecho general

de la competencia. Nada en este expediente apunta a la existencia de indicio alguno (que permita fundamentar la apertura de un expediente sancionador) de deslealtad de la conducta de “la Caixa” conforme a los actos de competencia desleal tipificados por la LCD, ni de deslealtad de la misma por los resultados gravemente restrictivos y contrarios al interés público libre competencia.

No se puede hablar de deslealtad porque no hay acto de comparación. La acción de comparar supone examinar dos o más cosas para apreciar sus diferencias y sus semejanzas, y a efectos del art. 10.1 LCD ese examen comparativo presupone, antes de nada, la confrontación pública de la oferta o prestaciones propias con la oferta o prestaciones de uno o varios terceros, con el objeto de resaltar la superioridad o primacía de la propia sobre la del tercero o terceros. Con este fin de demostrar la inferioridad de la oferta competidora se muestran las diferencias existentes entre los propios productos y los del tercero poniendo de relieve sus defectos frente a las virtudes de la oferta propia. Pues, bien, en los hechos denunciados no se observa esta necesaria confrontación de productos propia de los actos de comparación, sino la decisión unilateral de cobrar una comisión por un determinado servicio bancario que, dentro de la lógica económica de los grupos de empresa, se decide aplicar sólo a los apuntes por domiciliación ordenados por entidades no pertenecientes al grupo de la denunciada. Por otra parte, atendidas las características del mercado español de servicios financieros y la posición que en el mismo pueda ocupar el grupo “la Caixa”, tampoco se puede hablar de deslealtad por el resultado, ya que nada apunta a que la conducta denunciada pueda estar produciendo o pueda producir una grave afección de las condiciones de competencia.

Con todo, a primera vista, la conducta de “la Caixa” podría encajar en el supuesto de hecho del art. 16.1 LCD, que tipificada como ilícito desleal “El tratamiento discriminatorio del consumidor en materia de precios y demás condiciones de venta..., a no ser que medie causa justificada”. No hay duda que la conducta de “la Caixa” supone una discriminación de los clientes que tengan concertados algún producto o servicio con entidad financiera no perteneciente al grupo “la Caixa”, respecto de aquellos que han concertado el mismo servicio o producto con una entidad integrada en el grupo de la denunciada. También se podría sostener que esta discriminación del usuario puede generar efectos negativos sobre la competencia en el mercado donde operen estas entidades financieras cuyos recibos se abonan con cargo a la cuenta del su cliente en “la Caixa”. Incluso cabe argumentar que este efecto discriminatorio puede verse reforzado por los costes asociados a los cambios de domiciliaciones que debe asumir el usuario que decida cambiar de entidad de crédito, en especial en aquellos mercados geográficos locales en los que “la Caixa” fuese (eventualmente) la única entidad. Frente a estas

consideraciones se hace necesario recordar que el reconocimiento constitucional de la lucha competitiva implica la aceptación de que el daño al competidor es lícito si se respetan las reglas del mercado. En este caso, el mercado se caracteriza por la ausencia de importantes barreras de entrada, por la libertad de precios, y por la notable expansión de la banca minorista por todo el territorio nacional. Por ello, no parece razonable que los costes de transacción señalados puedan provocar la cautividad del usuario de banca y, en este sentido, una cierta situación de dependencia. Pero es que, además, la deslealtad de la discriminación de consumidores y usuarios todavía depende de que no medie causa justificada, y a juicio del Tribunal la conducta que nos ocupa no se puede reputar en modo alguno arbitraria, por cuanto responde a la existencia de un gasto y porque encaja plenamente en el denominado privilegio de grupo. Sólo la discriminación arbitraria se puede reputar desleal. En consecuencia, no existe acto de competencia desleal del art. 16.1 LCD y, en ausencia de posición dominante, la conducta de “la Caixa” está sometida al riesgo inmanente a la libre competencia, constituyendo en este sentido un ejercicio de su derecho (y obligación) de competir inatacable por este Tribunal.

Por último, y aunque no ha sido alegado por la denunciante, también cabe descartar una eventual infracción del art. 7 LDC en relación con el art. 15.1 LCD, que considera acto de competencia desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva significativa adquirida mediante la infracción de leyes. No hay violación de normas porque, como ya se ha puesto de manifiesto, es un hecho no controvertido en este expediente que la conducta de la denunciada se ajusta a la normativa bancaria aplicable y, en particular, a la Ley 26/1988, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito.

Por todo lo cual, vistos los preceptos legales citados y los de general aplicación, el Tribunal de Defensa de la Competencia.

HA RESUELTO

Desestimar el recurso interpuesto contra el Acuerdo de la Directora General de Defensa de la Competencia de Defensa de la Competencia de 12 de mayo de 2005, por el que se archivan las actuaciones derivadas de la denuncia de la “Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas y Seguros” contra la “Caixa d’Estalvis i Pensions de Barcelona”.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia, y notifíquese a los interesados haciéndoles saber que contra él no cabe recurso

alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde la notificación de esta Resolución.