

RESOLUCIÓN (Expte. R 262/97 Banca Privada)

Pleno:

Excmos. Sres.:

Petitbò Juan, Presidente

Fernández López, Vicepresidente

Bermejo Zofío, Vocal

Alonso Soto, Vocal

Berenguer Fuster, Vocal

Hernández Delgado, Vocal

Rubí Navarrete, Vocal

Castañeda Boniche, Vocal

En Madrid, a 30 de diciembre de 1997.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente D. Juan Manuel Fernández López, ha dictado la siguiente RESOLUCION en el Expte. r 262/97 (1636/97 del Servicio de Defensa de la Competencia) incoado para resolver el recurso interpuesto por la representación de la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (AUSBANC) contra el Acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia de fecha 2 de octubre de 1997 por el que se archivaron las actuaciones.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 19 de junio de 1997 tiene entrada en el Servicio de Defensa de la Competencia (en adelante, SDC) un escrito de D. Luis Pineda Salido, actuando en nombre y representación de la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (AUSBANC) por el que formula denuncia contra la Asociación Española de Banca Privada y sus Bancos Asociados (AEB) por supuestas prácticas restrictivas de la competencia del art. 1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC).
 - 1.1. Acompaña a su escrito de denuncia un informe de fecha 12 de noviembre de 1996 de la AEB sobre la comisión de devolución de efectos, con lo que a su juicio viene a imponer a sus asociados en relación con el cobro de una comision de devolución una serie de normas que en la medida en que son dictadas y aplicadas de manera uniforme y vinculante para los bancos asociados, no sólo afectan a la competencia con otras entidades financieras, sino que también impiden y restringen la competencia entre aquéllas.

- 1.2. Entiende el denunciante que el cobro de dicha comisión de devolución es improcedente según ha declarado en numerosas resoluciones el Servicio de Reclamaciones del Banco de España y también los Tribunales ordinarios de justicia, acompañando al efecto numerosas resoluciones del citado Servicio de Reclamaciones y varias sentencias dictadas tanto en primera como en segunda instancia por la jurisdicción.
 - 1.3. Para afrontar esta situación AEB decide emitir el informe antes citado con el fin de evitar los graves perjuicios económicos que estas reclamaciones puedan producir en las arcas de las entidades bancarias, ya que estas comisiones suponen un volumen de 30.000 millones de pesetas referidos al año 1996.
 - 1.4. A juicio del denunciante se fomenta, recomienda e incluso impone la aplicación uniforme de la comisión de devolución quedando anulada la posibilidad de que alguno de estos bancos pueda optar por no cobrarla a sus clientes.
 - 1.5. Considera asimismo que el conjunto de los bancos asociados a la AEB ocupa una posición dominante colectiva en el mercado nacional, habiendo entrado ésta en contacto con el propio Banco de España, manteniendo reuniones con los servicios jurídicos de dicha autoridad para resolver la cuestión de fondo del cobro de las comisiones cuando la normativa legal autoriza a que tales contactos sean sólo a través de los expedientes de reclamaciones.
 - 1.6. Termina suplicando que se instruya el consiguiente expediente sancionador contra la AEB y sus Bancos asociados y lo eleve al Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) para que dicte Resolución, ordenando el cese inmediato de la práctica denunciada y declare la nulidad de las recomendaciones contenidas en el repetido informe sobre comisión de devolución con imposición de la multa sancionadora correspondiente.
2. Con fecha 17 de julio de 1997 el SDC se dirige al Presidente de AUSBANC para que facilite prueba de la existencia de abuso de posición de dominio colectiva pues, al no contener el informe sobre comisión de devolución indicios de concertación a juicio del SDC y no poder suponer la existencia de abuso de posición de dominio, se propone archivar la denuncia.

Asimismo se solicitó la acreditación de que AUSBANC cumple los requisitos del art. 31 de la Ley 30/1992 para ser considerada interesada.

3. Con fecha 29 de julio AUSBANC se dirige al SDC con diversas alegaciones que la acreditan, a su juicio, como interesada.
4. Por Acuerdo de fecha 2 de octubre de 1997 del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia se archivaron las actuaciones por entender que no se observa el que se dé ningún supuesto contemplado en los arts. 1 y 6 LDC.
 - 4.1. Entiende el SDC que de las 200 entidades financieras que operaban en el mercado español en 1996, 164 son miembros de la AEB y su volumen de negocio representa el 66,5%.
 - 4.2. Se analiza el contenido de la Circular 8/90 del Banco de España y la O.M. de 12 de diciembre de 1989 señalándose que el Servicio de Reclamaciones del Banco de España tiene por finalidad recibir y tramitar las reclamaciones formuladas por los clientes de las entidades de crédito sobre las actuaciones de éstas que puedan quebrantar las normas de disciplina y las buenas prácticas de usos bancarios, correspondiendo también al mismo el declarar la legalidad o ilegalidad del cobro de comisión de devolución de efectos, pudiendo deducirse de la documentación obrante en el Expediente que unas veces se ha manifestado a favor y otras en contra, dependiendo de las circunstancias de cada caso y del cumplimiento de los criterios de la Circular 8/90.
 - 4.3. A juicio del SDC la AEB se limita a informar a los bancos asociados de los argumentos que el Servicio de Reclamaciones del Banco de España ha tenido en cuenta en aquellos casos que ha declarado improcedente la comisión de devolución y de la opinión y argumentos de su Servicio jurídico.
 - 4.4. En el repetido informe de la AEB se recomienda a los bancos que adecuen las tarifas y documentos contractuales a los criterios admitidos por el Servicio de Reclamaciones y que las Asesorías Jurídicas de dichas entidades presten especial seguimiento a las reclamaciones ante el Banco de España y a los procedimientos judiciales, recomendación ésta que a juicio del SDC no tiene por objeto restringir la competencia, sino que pone a disposición de las entidades una información neutra. Se señala asimismo por el SDC que, pese a que los miembros de la AEB tienen una participación importante en el mercado, de un 66,5%, dadas las grandes diferencias estructurales y estratégicas entre ellas, no puede argumentarse la existencia de posición de dominio conjunto.

Por todo ello concluye que no se observa el que se dé ninguno de los supuestos contemplados en los arts. 1 y 6 LDC y acuerda el archivo de las actuaciones.

5. Con fecha 6 de octubre de 1997 tiene entrada en el SDC un escrito de AUSBANC en el que acompaña diversa documentación que a su juicio evidencia que todos los bancos siguen el mismo adoctrinamiento y política comercial respecto a las comisiones de devolución. Entre esta documentación se acompaña una carta del Banco de Santander a AUSBANC, junto con una resolución del Servicio de Reclamaciones del Banco de España en la que no es parte, y por tanto no ha podido tener acceso directo ni conocimiento a través de la Memoria anual del citado Servicio, lo que a su juicio denota un traspaso e intercambio de información.
6. Mediante escrito que tiene entrada en este Tribunal el 17 de octubre de 1997, AUSBANC recurre el Acuerdo de archivo alegando que:
 - 6.1. Pese a la falta de determinación de las conclusiones que los datos reflejados merecen en el Acuerdo, el 76,27% de los operadores del sector financiero son miembros de la AEB y el 66,5% del total de negocios corresponde a dichos bancos, quienes vienen cobrando en virtud de unas comisiones ilegales 72.000 millones de pesetas.
 - 6.2. El Acuerdo impugnado se limita a examinar la Circular 8/1990 del Banco de España y la O.M. de 12 de diciembre de 1989, pero no corresponde al Servicio de Reclamaciones del Banco de España declarar la legalidad o ilegalidad del cobro de la comisión de devolución de efectos, que es competencia exclusiva de los Tribunales ordinarios de justicia.
 - 6.3. El informe de la AEB sobre la comisión de devolución no se limita a exponer los argumentos del Banco de España y los criterios de la AEB sino a verter toda una serie de recomendaciones por las que se analiza, busca justificación y potencia el cobro de dicha comisión, imponiendo un adoctrinamiento de apoyo, promoción y consolidación de un declarado ilegal y mal uso bancario.

Los argumentos esgrimidos llevan a la procedencia de apertura del correspondiente expediente sancionador, por lo que no procede el archivo.

Termina en súplica al TDC que ordene que se lleve a cabo la tramitación legal correspondiente.

7. Con fecha 20 de octubre de 1997 se requirió del SDC el informe a que se refiere el art. 48.1 LDC, así como las actuaciones seguidas ante el mismo.
8. Con fecha 23 de octubre pasado se recibe en el Tribunal el informe del SDC en el que se hace constar que el recurso se ha interpuesto en el plazo señalado por el art. 47 LDC y que en el expediente consta certificación por la que se renueva como Presidente de AUSBANC al recurrente, haciéndose constar en cuanto al recurso:
 - 8.1. Que el SDC en el Acuerdo de archivo llega a la conclusión de que los miembros de AEB tienen una participación importante en el mercado, si bien dadas las grandes diferencias estructurales y estratégicas entre sus miembros no puede argumentarse la existencia de posición de dominio conjunta, sin justificación alguna.
 - 8.2. Si bien el Servicio de Reclamaciones del Banco de España no ha establecido unos criterios que avalen el cobro de la comisión de devolución a través de la Memoria que publica el mismo, puede deducirse en qué casos el Servicio ha declarado improcedente la percepción de la comisión de devolución que, como se dice en el Acuerdo, la AEB pone en conocimiento de sus asociados.
 - 8.3. El SDC ha archivado la denuncia por considerar que el informe de la AEB no tiene ningún elemento que tenga el objeto o el efecto de restringir la competencia entre los bancos, por lo que no existen indicios de infracción del art. 1 LDC porque no fija precios ni ningún tipo de condiciones comerciales. Tampoco de la documentación recibida en el SDC con posterioridad al Acuerdo de archivo se deduce el establecimiento de conducta uniforme por las entidades financieras.
9. Con fecha 24 de octubre de 1997 se acordó designar Ponente para la tramitación de este Expediente y poner de manifiesto el Expediente a los interesados a los efectos de lo dispuesto en el art. 48.3 LDC; considerándose por el TDC como tales interesados a AUSBANC y a la AEB.
10. Con fecha 14 de noviembre de 1997 tiene entrada en el Tribunal escrito de alegaciones de AUSBANC en el que se establece:
 - 10.1. Al ponérsele de manifiesto el Expediente, AUSBANC ha tenido conocimiento de un escrito obrante al folio 77 del Expediente del que se desprende la tramitación por parte del SDC de diligencias oficiosas con la AEB y cuyo contenido no obra en el Expediente, así como la aportación de una única resolución del Servicio de Reclamaciones del Banco de España de 21 de mayo de 1997 que considera no contraria a

las buenas prácticas bancarias el cobro de comisiones de devolución con lo que se desvía de la doctrina consolidada por el mismo en una cuarentena de resoluciones en que ha venido manteniendo lo contrario, produciéndose este cambio a partir de las conversaciones que ha mantenido la AEB, como reconoce en su informe sobre comisión de devoluciones.

- 10.2. Para que un comportamiento paralelo sea calificado de práctica concertada se exige que sea resultado de una deliberación común o de una comunicación entre empresas, por lo que resulta imprescindible examinar si entre los bancos que tienen un comportamiento paralelo hay contactos o intercambio de información y si ello constituye una forma de coordinación entre ellos.
 - 10.3. Del examen de la documentación aportada por AUSBANC el 6 de octubre de 1997, entiende, que existe más de un principio de presunciones de paralelismo en el comportamiento contrario al art. 1 LDC.
11. La Asociación Española de Banca Privada (AEB) mediante escrito que tiene entrada en el Tribunal el 17 de noviembre de 1997 formuló las siguientes alegaciones:
- 11.1. Comienza por establecer la justificación de la percepción de la comisión de devolución de efectos impagados desde antiguo y la necesidad de que se establezca una comisión diferente por devolución que por el cobro, ya que en aquel supuesto se producen gastos en el proceso que necesariamente hacen que la comisión sea mayor.
 - 11.2. Al comprobarse que en la Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España del año 1995 el Servicio de Reclamaciones ha estimado una serie de supuestos en que el cliente rechazaba el pago de una comisión por devolución, el grupo de trabajo de la AEB que se ocupa de los temas jurídicos comentó este asunto y encomendó a los Servicios Jurídicos de la AEB que tomasen contacto con el Servicio de Reclamaciones para analizar las razones que le habían llevado a considerar en la práctica bancaria la percepción de la repetida comisión de devolución distinta de la de cobro.
 - 11.3. Como consecuencia de las entrevistas mantenidas con el Director del Servicio de Reclamaciones por el Jefe de los Servicios Jurídicos de la AEB, éste redactó la nota que motiva estas actuaciones que se repartió únicamente a los miembros del indicado grupo de trabajo y a los bancos que expresamente lo solicitaron, sin que exista acuerdo de la

Asociación de clase alguna. Se trata de una simple nota que da cuenta del resultado de la gestión con el Servicio de Reclamaciones, que por otro lado resultó positiva ya que se evidencia que los bancos afectados por los expedientes no habían argumentado debidamente sus posturas, como lo demuestra el hecho de que con posterioridad aquel Servicio de Reclamaciones ha dictado resoluciones en favor de la comisión de devolución.

- 11.4. En su opinión, al no tener AUSBANC temas trascendentes de que tratar dentro de su política de airear en los medios de comunicación anomalías bancarias como medio de publicidad, ha decidido ahora hacerlo con esta nota de información jurídica.
- 11.5. Comparte los criterios de archivo del Acuerdo impugnado, ya que en definitiva la nota de AEB lo único que contiene son argumentos jurídicos que justifican la legalidad de la comisión de devolución a fin de que cada banco pueda de forma totalmente libre en cada caso decidir si procede o no el cobro de la comisión.

Termina en súplica al TDC de que dicte Resolución desestimando el recurso y confirmando el Acuerdo recurrido.

12. Son interesados:
 - AUSBANC
 - AEB

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Se ha denunciado por AUSBANC a la AEB por prácticas contrarias a los arts. 1 y 6 LDC consistentes en la concertación para el cobro por los bancos asociados a ésta de una comisión de devolución de efectos, que califica de ilegal, y cómo por dicha Asociación se produce un informe de fecha 12 de noviembre de 1996 en el que se contienen recomendaciones para justificar la legalidad de dichas comisiones, y en definitiva, su cobro por los bancos asociados a la AEB. En opinión de la denunciante, el conjunto de bancos integrados en la AEB ocupa una posición dominante colectiva en el mercado nacional, ejerciendo una explotación abusiva en la medida en que siguiendo las directrices realizadas por dicha Asociación, conforman en los contratos con sus clientes cláusulas iguales en cuanto a la comisión de devolución de efectos.
2. Sin entrar aquí a considerar la legalidad de las citadas comisiones por devolución de efectos, ya que no es función de los órganos de defensa de la

competencia, y sólo corresponde su declaración a la jurisdicción ordinaria, la realidad es que su legalidad está muy cuestionada. AUSBANC aporta varias sentencias de primera instancia y de apelación que las declaran ilegales y, de otra parte, se comprueba que en la Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España, correspondiente a 1995, existen diversas resoluciones del citado Servicio de Reclamaciones en que se consideró a aquéllas contrarias a las buenas prácticas bancarias, no pronunciándose sobre su legalidad ya que tal formulación excede de las funciones encomendadas a dicho organismo del Banco de España. No obstante, el SDC equivocadamente señala que al Servicio de Reclamaciones procede establecer su legalidad.

El Servicio de Reclamaciones del Banco de España, creado por Orden de 7 de marzo de 1987 y desarrolladas sus funciones inicialmente por la Circular del Banco de España 24/1987, de 21 de julio, ha sido reorganizado tanto en cuanto a sus funcionamiento como a sus funciones por la también Circular del Banco emisor 8/1990. La principal misión de este Servicio es tramitar las reclamaciones de interesados contra entidades bancarias por quebrantamiento de las normas de disciplina y buenas prácticas y usos bancarios, funcionando como órgano del Banco de España y en cierto modo disciplinador de las conductas de las entidades financieras.

3. Por ello, no se entiende bien qué tipo de contactos ha establecido la AEB, ni por quién en concreto, ni con quién del Servicio de Reclamaciones (aunque esto se nos aclara en parte en el escrito de alegaciones de AEB en el que se dice que las mismas tuvieron lugar por recomendación del Grupo de Trabajo de la AEB a su Servicio Jurídico para que tomase contacto con el Servicio de Reclamaciones del Banco de España) y todo ello con vistas a buscar soluciones como se afirma en el punto 4 del informe de la AEB que acompaña AUSBANC con su denuncia. Ello acontece a pesar de que la misión que la normativa legal encomienda al Servicio de Reclamaciones del Banco de España es instruir los expedientes conforme a las normas que establecen, principalmente, la Circular 8/1990, y en su caso de exceder las prácticas detectadas de los buenos usos bancarios, dar cuenta a los Servicios del Banco de España e incluso al Fiscal para que proceda en consecuencia contra el infractor. No está legalmente establecido ese tipo de relaciones, ni se analiza por el SDC. Esta relación excede en cualquier caso del informe jurídico, que efectivamente contiene la primera parte del comentado dictamen (puntos 1, 2 y 3) y cuya calificación, como informe jurídico, hace extensiva el SDC a todo el documento. Resultaría conveniente el conocer qué recomendaciones fueron dadas por el Grupo de Trabajo de la AEB o, en su caso, por quién, así como el contenido de las reuniones en que las mismas se producen.

4. También en el punto 5 del repetido informe parece que se contienen recomendaciones que exceden de un informe jurídico. Téngase en cuenta que todas las entidades bancarias poseen importantes servicios jurídicos y que incluso para temas especializados cuentan con los mejores asesores externos. No se entiende pues la necesidad de este informe. No se puede pensar que empresarios de alto nivel cultural y con grandes medios económicos van a producirse, en el hipotético supuesto de realizar prácticas contrarias a la libre competencia, del mismo modo que otros de nivel mucho más bajo y sin contar con asesores. Es normal que los más preparados utilicen medios mucho más sofisticados, incluso para urdir prácticas anticompetitivas que los favorezcan.

5. La afirmación contenida en el escrito de alegaciones ante este Tribunal de la AEB en que se señala que aquel informe se repartió a los miembros del Grupo de Trabajo únicamente (cuyos cometidos y responsabilidades se desconocen y tampoco han sido analizados por el SDC) y a los bancos que expresamente lo solicitaron, carece incluso de apoyatura lógica. ¿Qué bancos pueden solicitar un informe que desconocen?. Y si lo conocen, ¿por qué medios lo conocieron y con qué fines?. Una vez más hay que concluir que se carece de análisis suficiente por parte del SDC de una práctica, que debemos repetir una vez más, ha de ser siempre mucho más sofisticada. No se utilizan los medios que al efecto propicia la LDC. No es de suponer que en el supuesto de un infractor de gran formación y con importantes asesores, se vaya a confesar, en el caso de que exista, una práctica ilegal. Por ello, la LDC en términos similares a los que propicia la legislación comunitaria faculta al SDC para que lleve a cabo funciones de investigación e inspección en los términos que le habilita el art. 33 de la propia Ley, e incluso, recurriendo a los que posibilita el art. 34 de la misma. Por el contrario, como destaca la denunciante AUSBANC, la única diligencia llevada a cabo por el SDC es la que obra al folio 77 del Expediente en donde se refiere por el Secretario General de AEB a una supuesta "agradable charla" con el SDC y de la que ni siquiera se deja un acta en que se constate su contenido.

6. La última parte del informe de la AEB, en que principalmente AUSBANC apoya su denuncia, excede con mucho de cualquier informe jurídico, concretamente el punto 5 del mismo (folio 29 del Expte. SDC). No puede calificarse de informe jurídico neutro la afirmación de que "las anteriores consideraciones e informaciones parece pueden permitir la reconducción del problema creado ...". Y ello referido a la acomodación de tarifas y documentos contractuales a los criterios del Servicio de Reclamaciones del Banco de España, que, bueno es repetir una vez más, no es quien viene facultado para establecer la legalidad.

No parece un informe jurídico neutro la recomendación de cuidar las argumentaciones de los casos que se sigan presentando ante el Banco de

España, haciendo que los servicios jurídicos de las entidades intervengan al máximo nivel posible.

7. Lo mismo puede predicarse de la última recomendación del citado informe en donde se pide, a las entidades bancarias a las que va dirigido, que presten "especial atención a los procedimientos judiciales en esta materia, evitando que, al tratarse de litigios de cuantía individual reducida y en base a la inevitable descentralización y concentración externa de la asistencia jurídica a los bancos, no se preste a dichos litigios la debida atención y pueda crearse un cuerpo de jurisprudencia que produzca consecuencias extremadamente graves". Indudablemente, estas afirmaciones exceden de un consejo jurídico neutro. Por todo ello entiende el Tribunal que el SDC debe instruir el Expediente constatando los anteriores hechos, examinando los acuerdos que se hayan podido adoptar en el seno de la AEB y la conducta de los bancos integrantes de dicha Asociación en relación con la práctica denunciada antes y después de producirse el citado informe, pues no puede admitirse, además sin fundamentación ni análisis económico de ningún tipo, la afirmación contenida en el Acuerdo impugnado de que, a pesar de que los miembros de la AEB tienen una participación importante en el mercado del 66,5% del total del sistema financiero, "dadas las grandes diferencias estructurales y estratégicas entre ellos, no puede argumentarse la existencia de una posición de dominio conjunta". Deberá examinarse y en todo caso argumentarse tal afirmación.

Por todo ello, ha de concluirse que el recurso ha de ser admitido y devolverse el Expediente al SDC para que realice el análisis suficiente de todos los extremos que han quedado anteriormente constatados y con libertad de criterio proceda a adoptar la decisión pertinente.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, el Tribunal

HA RESUELTO

Estimar el recurso interpuesto por la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (AUSBANC) contra el Acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia de fecha 2 de octubre de 1997 por el que decretó el archivo del Expediente y devolver el mismo al Servicio de Defensa de la Competencia para que proceda a su instrucción.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados haciéndoles saber que la citada Resolución no agota la vía administrativa y, por tanto, sólo es susceptible de recurso contencioso-administrativo con la Resolución definitiva que en su momento dicte este Tribunal.