Roj: **SAN 3155/2022 - ECLI:ES:AN:2022:3155**

Id Cendoj: **28079230062022100394**
Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**
Sede: **Madrid**
Sección: **6**
Fecha: **09/06/2022**
Nº de Recurso: **750/2015**
Nº de Resolución:
Procedimiento: **Procedimiento ordinario**
Ponente: **MARIA JESUS VEGAS TORRES**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

FONDO DOCUMENTAL CE

A U D I E N C I A N A C I O N A L

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000750 /2015

Tipo de Recurso: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Núm. Registro General: **6800/2015**

Demandante: **FITONIC SERVICIOS FINANCIEROS SL.**

Procurador: **Dª CONSUELO RODRÍGUEZ CHACÓN**

Demandado: **COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA**

Codemandado: **CAIXABANK SA.**

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: **D. MARIA JESUS VEGAS TORRES**

S E N T E N C I A Nº :

Ilma. Sra. Presidente:

Dª. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. **MARIA JESUS VEGAS TORRES**

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a nueve de junio de dos mil veintidós.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo núm. **750/2015**, promovido por la Procuradora de los Tribunales Dª Consuelo Rodríguez Chacón, en nombre y en representación de **FITONIC SERVICIOS FINANCIEROS SL.**, contra la Resolución dictada en fecha 29 de septiembre de 2015 por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente núm. / NUM000 CAIXABANK). Ha sido parte en autos la Administración demandada representada y defendida por el Abogado del Estado y como entidad codemandada ha comparecido CAIXABANK SA., representado por el procurador D. Miguel Angel Montero Reiter.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la ley, se emplazó a la parte recurrente para que formalizase la demanda en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que entendió oportunos solicitó a la Sala que, y previos los trámites oportunos, dicte Sentencia por la que:

1. Se declare contraria a Derecho y, por tanto, se declare la nulidad, o subsidiaria anulabilidad, de la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 29 de septiembre de 2015 (Expediente núm. NUM000 , CAIXBANK).

2. Consecuentemente, se ordene a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia 1ª apertura del procedimiento administrativo sancionador contra CAIXABANK por los hechos denunciados por FINTONIC el 18 de septiembre de 2014, con todos los pronunciamientos legales favorables derivados de dicho reconocimiento.

3. Y, en todo caso, con expresa imposición de costas a la Administración demanda".

SEGUNDO. - El Abogado del Estado y la defensa de la entidad codemandada contestan a la demanda mediante escritos en los que, respectivamente, suplican se dicte sentencia por la que se desestime el recurso contencioso administrativo interpuesto.

TERCERO. - Una vez practicadas las pruebas admitidas, se dio traslado a las partes para que presentaran escritos de conclusiones y una vez aportados quedaron los autos pendientes para votación y fallo., a cuyo efecto se señaló la audiencia del día 8 de junio del año en curso, fecha en la que tuvo lugar.

CUARTO. - En la tramitación del presente proceso se han observado las prescripciones legales.

Siendo Ponente la Magistrada Ilma. Sra. Dña. Mª Jesús Vegas Torres, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - En el presente recurso contencioso administrativo se impugna la Resolución dictada en fecha 29 de septiembre de 2015 por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente núm. / NUM000 CAIXABANK, que acuerda no incoar procedimiento sancionador y archivar las actuaciones seguidas por la Dirección de Competencia de la CNMC en el expediente NUM000 , CAIXABANK, como consecuencia de la denuncia presentada por FINTONIC SERVICIOS FINANCIEROS S.L.

Y, según la CNMC, las razones por las cuales no procede la incoación de expediente sancionador se recogen en la resolución impugnada en los siguientes términos:

"La Sala debe valorar si, tal y como sostiene la DC, las conductas investigadas no presentan indicios de infracción de la LDC y procede el archivo de las actuaciones, de conformidad con el artículo 49.3 de la LDC o si, por el contrario, en la negativa de CAIXABANK al acceso a su servicio de banca online por parte de FINTONIC utilizando las claves de acceso de sus clientes podrían existir indicios de una restricción de la competencia prohibida por la LDC que motivaran la continuación de las investigaciones de cara al total discernimiento de los hechos.

La denunciante sostiene que esta conducta de CAIXABANK, constituye actos de obstaculización y hostigamiento, que violarían el artículo 4 de la LCD y supondrían una infracción del artículo 3 de la LDC al restringir o falsear la competencia en el mercado, afectando al interés público.

Por su parte, la DC considera que la actuación de CAIXABANK no reúne los requisitos para determinar la existencia de una infracción del artículo 3 de la LDC , por lo que propone la no incoación del correspondiente procedimiento sancionador y el archivo de las actuaciones.

El artículo 3 de la Ley de defensa de la competencia (LDC) Falseamiento de la libre competencia por actos desleales, establece que "La Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas conocerán en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público".

Por su parte el artículo 4 de la Ley de Competencia desleal (LCD ("Cláusula general) dispone lo siguiente:

1. Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe.

En las relaciones con consumidores y usuarios se entenderá contrario a las exigencias de la buena fe el comportamiento de un empresario o profesional contrario a la diligencia profesional, entendida ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado, que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo destinatario de la práctica, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

A los efectos de esta ley se entiende por comportamiento económico del consumidor o usuario toda decisión por la que éste opta por actuar o por abstenerse de hacerlo en relación con:

a) La selección de una oferta u oferente.

b) La contratación de un bien o servicio, así como, en su caso, de qué manera y en qué condiciones contratarlo.

c) El pago del precio, total o parcial, o cualquier otra forma de pago.

d) La conservación del bien o servicio.

e) El ejercicio de los derechos contractuales en relación con los bienes y servicios.

Igualmente, a los efectos de esta ley se entiende por distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio, utilizar una práctica comercial para mermar de manera apreciable su capacidad de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa, haciendo así que tome una decisión sobre su comportamiento económico que de otro modo no hubiera tomado."

Siguiendo la doctrina expuesta en anteriores resoluciones de los antiguos Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) y CNC relativas a conductas tipificadas por el artículo 3 LDC (entre otras la resolución del TDC de 26 de febrero de 2004, Expte. NUM001 , Grupo Freixenet; y de la CNC de 20 de diciembre de 2007, Expte NUM002 , Agencias de Carga/Correos; de 2 de enero de 2008, Expte NUM003 , Castellana Subastas Holding; de 28 de enero de 2009, Expte NUM004 , Rotores; de 10 de junio de 2009, Expte NUM005 , SIGNUS ECOVALOR; de 28 de mayo de 2010, Exp. NUM006 , ATR ENDESA) son tres los requisitos para que exista una conducta de falseamiento de la competencia por actos desleales:

1) Existencia de un ilícito desleal tipificado en la Ley 3/1991 de 10 de enero de Competencia Desleal (en adelante LCD);

2) Falseamiento de la libre competencia; y,

3) Afectación del interés público.

Estos tres elementos son cumulativos e independientes entre sí, de modo que la conducta que el artículo 3 LDC tipifica exige que en la conducta que está siendo enjuiciada estén presentes los tres. Además, de acuerdo con los precedentes el articulo 3 LDC se dirige esencialmente a reprimir comportamientos que afecten significativamente a la competencia como señalan diversas resoluciones de la CNC (entre otras, las resoluciones de 30 de noviembre de 2007, Expte. NUM007 , La tienda en casa; de 11 de marzo de 2008, Expte NUM008 , Tu Billete; de 29 de junio de 2009, Expte NUM009 , CorreosNiajes Crisol; de 28 de julio de 2009, Expte. NUM010 , La Sexta; de 30 de noviembre de 2009, Expte NUM011 , AGUARDIENTES; de 30 de junio de 2010, Expte NUM012 , TELEFONICA; de 2 de diciembre de 2010, Expte NUM013 , cofradía de Pescadores de Sant Pere de l' Atmella).

En relación con el primer requisito, la existencia de una infracción de la LCD, la DC considera que las limitaciones impuestas por CAIXABANK al denunciante en relación con el acceso de sus clientes a FINTONIC y los contactos de la entidad con clientes del agregador, se justifican por motivos de seguridad contra el fraude y protección de datos personales. A juicio de CAIXABANK (folio 669) la actividad de FINTONIC debilita la robustez de los mecanismos de autenticación del sistema de banca electrónica, por lo que CAIXABANK no podría garantizar la seguridad y privacidad integral de los datos de los clientes.

Además, la DC también señala que CAIXABANK ofrece alternativas al denunciante para evitar estas restricciones, como la firma de un contrato de usuario autorizado o apoderado entre el cliente y el agregado financiero, que garantice que se cumplan los protocolos de seguridad de la entidad y poder identificar claramente el usuario que accede a la información del cliente (folios 661, 774, 781). También propone que los usuarios envíen los datos en formato excel, que se pueden descargar desde la plataforma de Caixabank, de forma que el usuario pueda facilitárselos al agregador (folio 661).

Como ha señalado la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (rec. N° 160/2011) de 12 de abril de 2011 , define los actos de obstaculización como una "de las manifestaciones de la cláusula general prohibitiva" del artículo 4 de la LCD y considera 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". Por ello, una justificación objetiva como la ofrecida por CAIXABANK referida a motivos de seguridad contra el fraude podría ser suficiente para no considerar la conducta realizada por la entidad bancaria frente a FINTONIC como de obstaculización.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

No obstante, la actitud de CAIXABANK frente a la actuación de FINTONIC ofrece también datos en los que podría acreditarse que la preocupación predominante de la entidad bancaria en determinados momentos no se ha limitado a la seguridad de los datos de sus clientes sino también a la posible incidencia en su negocio de la información trasmitida a sus clientes por FINTONIC respecto a aspectos del negocio bancario relativos a comisiones, gatos y rentabilidad de los productos ofertados por CAIXBANK respecto a los de otros competidores en el mercado de la banca minorista.

Según expone CAIXABANK en su respuesta al requerimiento de información efectuado por la DC (folio 664) respecto a los hechos denunciados por FINTONIC

"Los problemas detectados por CAIXABANK son los mismos para los distintos agregadores financieras, y se relacionan con la seguridad legal, de utilizar un modelo de suplantación de la identidad legal de banca electrónica del cliente, así como del sistema informático".

Sin embargo, consta en la información reservada realizada por la DC (folios756- 760 y 766-770) que el 14 de enero de 2015 CAIXABANK remitió un burofax a FINTONIC firmado por el Director de la Asesoría Jurídica Corporativa en el que se instaba al agregador financiero a cesar en el envío de comunicaciones a los clientes en las que se señala a CAIXABANK como el banco que más cobra a sus usuarios ya que, según la carta enviada, FINTONIC estaba "divulgando afirmaciones falsas relativas a los servicios de esta entidad, incurriendo por ello en múltiples y muy graves actos de competencia desleal contrarios asimismo a las normas legales de marcas y publicidad e irrogando unos graves perjuicios a esta Entidad Financiera que deberán reparar".

En el mismo escrito remitido por burofax CAIXABANK solicita a FINTONIC que identifique "la totalidad de (i) fuentes, (i) datos y (iii) método/s utilizados para realizar las manifestaciones inciertas, no veraces y contrarias a la más elemental buena fe", así como otros datos relativos al número de comunicaciones remitidas y al plazo de tiempo que lleva enviándolas el denunciante.

Por último, CAIXABANK también requiere a FINTONIC que cesar, con carácter inmediato "en el constante uso ilegal de firmas electrónicas de clientes, debiendo abstenerse de acceder la banca electrónica de clientes de CAIXABANK suplantando su identidad" y en "en inducir a los clientes de CAIXABANK a infringir gravemente tanto la legalidad vigente como los contratos de banca electrónica, solicitándoles que les comuniquen a Vds. sus firmas electrónicas". La entidad bancaria informa también a FINTONIC de su intención de pedir una indemnización por daños y, en caso de no llegar a un acuerdo amistoso, denunciar a FINTONIC (folios 756-760 y 766-770).

A la luz de las consideraciones anteriores, y teniendo en cuenta la importancia de la seguridad y privacidad de los datos en internet, más si cabe tratándose de datos bancarios, si bien algunos de los argumentos aportados por CAIXABANK a la hora de justificar ciertas limitaciones impuestas a la operativa de FINTONIC podrían considerarse suficientes, ha quedado acreditado que la preocupación de CAIXABANK por la operativa de FINTONIC no se limitaba a los puntos de seguridad jurídica e informática apuntados, teniendo en cuenta el número de sus clientes de los que tiene constancia que han cedido sus claves a FINTONIC es limitado (folio 673, en tomo a un millar).

Por tanto, si bien la DC considera que los actos denunciados no han impedido a FINTONIC entrar y afianzarse en el mercado ya que solo el 20% de sus usuarios son clientes de CAIXABANK, esta Sala estima que la reacción de las entidades bancarias frente a la actividad de los agregadores financieros puede tener repercusiones directas en la presencia en el mercado de los mismos y pueda servir para disfrazar alguna actitud anticompetitiva.

No obstante, a la vista de la denuncia presentada, de la documentación que obra en el expediente y del análisis de los hechos realizado por la DC, esta Sala no aprecia en la actividad de CAIXABANK indicios de una conducta desleal en los términos previstos por la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, no reuniendo, por tanto, los requisitos necesarios del artículo 3 de la LDC . No existiendo, pues, indicios de prácticas prohibidas por el artículo 3 de la LDC , el Consejo considera ajustada a Derecho la Propuesta de Archivo de las actuaciones realizadas en el marco del expediente NUM000 , CAIXABANK.

Ahora bien, aunque la Sala considera que en los hechos denunciados no se encuentran indicios suficientes de una posible infracción del art. 4 de la LCD (y por ende, del artículo 3 de la LDC) para proseguir la investigación, coincide igualmente con la DC en estimar que la aparición de nueva información o un cambio en las circunstancias presentes en el mercado, podrían motivar que la DC pudiera iniciar nuevas actuaciones al objeto de comprobar la compatibilidad de las conductas de CAIXABANK con la normativa de competencia."

SEGUNDO. - Con el fin de centrar adecuadamente el objeto del proceso se destacan los siguientes hechos que se deducen del expediente administrativo y de las alegaciones de las partes:

1. La Dirección de Competencia recibió un escrito de denuncia presentado por FINTONIC Servicios Financieros, S.L. (FINTONIC) contra CAIXABANK, S.A. (CAIXABANK) por supuestas conductas prohibidas por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), consistentes en dificultar por varios medios a sus usuarios el acceso a la banca online de CAIXABANK y obstaculizar, de este modo, el acceso a FINTONIC a la información que precisa sobre las cuentas bancarias de dichos usuarios para el desarrollo de su actividad. En el mismo escrito se solicitaba como medida cautelar el cese inmediato por parte de CAIXABANK de los actos de obstaculización denunciados

Según el denunciante, CAIXABANK no permite la actualización de los movimientos de las cuentas en la aplicación de FINTONIC y hostiga a sus usuarios cuando éstos quieren acceder, a través de FINTONIC, a los datos de los productos financieros que tienen contratados con CAIXABANK mediante la aplicación online de ésta. Añade que las prácticas denunciadas se estarían llevando a cabo desde marzo de 2013 y que, sin esta información de los usuarios, FINTONIC no puede prestar sus servicios.

En concreto se refiere que las prácticas denunciadas consisten en:

a. Introducción de un captcha para que los usuarios de FINTONIC clientes de CAIXABANK no puedan actualizar sus respectivas cuentas de usuario automáticamente (folio 7).

b. Bloqueo del Protocolo de Internet10 (IP) de FINTONIC, que se presta a través de una pasarela tecnológica de obtención de datos (folio 7).

c. Bloqueo o cancelación de las credenciales de acceso a la banca en línea de CAIXABANK a los usuarios de FINTONIC (y clientes a su vez de CAIXABANK) (folios 7 y 542).

d. Llamadas telefónicas alertando a los usuarios sobre supuestos fallos de seguridad en sus cuentas online y/o exigencias de cancelar su relación con FINTONIC (folios 7 y 542).

En su denuncia FINTONIC considera que los hechos denunciados constituyen un acto de competencia desleal de obstaculización y hostigamiento que sería sancionable según la cláusula general de la Ley de Competencia Desleal, recogida en su artículo 4, en la que se reputa como desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe, ya que según el denunciante: a) no cuentan con una justificación objetiva; b) afectan negativamente a la posición concurrencia/ de un tercero (Fintonic); c) interfieren el normal desarrollo de la actividad de Fintonic en el mercado; y d) le impiden entrar o afianzarse en el mercado. Y ello sin perjuicio de que los Actos de Obstaculización y Hostigamiento procuren o sean adecuados para procurar a quien los realiza un provecho propio (folio 16).

Para la denunciante, esta conducta sería especialmente grave, ya que la actividad de FINTONIC depende esencialmente de la información proporcionada por las entidades bancarias por lo que un bloqueo al acceso de la plataforma de banca online de las entidades supondría la imposibilidad de operar para FINTONIC y para el resto de los operadores, además de verse dañada su reputación (folios 547 y 550). Por lo demás refiere que, a la fecha de la denuncia, FINTONIC proporciona el servicio de agregación de cuentas a clientes de 57 entidades financieras, con las que no le une ningún tipo de relación contractual, ya que son los clientes de esas entidades los que acceden a su información financiera a través de FINTONIC (folio 11).

3.- La Dirección de Competencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49.2 de la LDC, llevó a cabo una información reservada en el marco de la cual requirió a la denunciada, con fecha 3 de diciembre de 2014, información sobre el funcionamiento de la banca online y sus medidas de seguridad, así como su política frente a agregadores financieros (folios 617-620).

4-La respuesta a esta solicitud de información por parte de CAIXABANK tuvo entrada en la CNMC el 7 de enero de 2015 (folios 656-751) y fue complementada con información adicional el 15 de enero de 2015 (folios 752-760) y el 27 de febrero de 2015 (folios 774-782).

5.- FINTONIC, ha aportado con fechas 15, 21, 24 y 28 de octubre de 2014, 16 de enero y 3 de marzo de 2015, información complementaria sobre el objeto de la denuncia (folios 504-517, 518-554, 555-613, 614-616, 761-773, 785- 800).

6.- Con fecha 18 de mayo de 2015, la DC elevó su Informe y propuso la no incoación de procedimiento sancionador y el archivo de las actuaciones seguidas como consecuencia de la denuncia presentada por considerar que la actuación de CAIXABANK no reúne los requisitos del artículo 3 de la LDC.

En la Resolución recurrida se describe a FITONIC SA, señalando que es *"una compañía española creada en 2011 dedicada a la prestación de servicios de gestión y simplificación de la contabilidad personal a través de internet. La actividad desarrollada por FINTONIC es la propia de los llamados "agregadores financieros"* (folios 5 y 526).

Por lo que se refiera a la denunciada - Caixabank- la resolución recurrida recoge lo siguiente:

"CAIXABANK, S.A. (CAIXABANK): Fundación Bancaria Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona (LA CAIXA) es una entidad de crédito de naturaleza fundacional y carácter benéfico social que no está controlada por ninguna persona física o jurídica. Su actividad principal es la prestación de servicios bancarios, fundamentalmente de banca minorista, que realiza desde 2011 a través de CAIXABANK, S.A. (CAIXABANK).

Consigna que el mercado afectado por la denuncia es el mercado de servicios de información sobre cuentas (Agregadores financieros). Expone que si bien no hay precedentes nacionales que definan el mercado de servicios de información sobre cuentas o "agregadores financieros", la Comisión Europea ha definido estos servicios en su Propuesta de Directiva sobre Servicios de Pago que publicó en julio de 2013 como "un servicio de pago por el que se proporciona, a un usuario de servicios de pago y de forma agregada y fácil de utilizar, información sobre una o varias cuentas de pago de las que dicho usuario sea titular en uno o varios proveedores de servicios de pago gestores de cuenta".

En dicha Propuesta, la Comisión reconoce que se trata de una serie de servicios complementarios surgidos en los últimos años gracias a los avances tecnológicos y que deben considerarse servicios de pago, y que se les denomina proveedores de servicios terceros (TPP por sus siglas en inglés Third Party Providers). Añade que, en España, además de FINTONIC, operan actualmente otros proveedores de servicios de agregación de cuentas, como BankiaLink y BBVA, Mooverang (creada por la Organización de Consumidores y Usuarios, OCU) y MyValue, si bien el primer agregador financiero que existió en el país fue el desarrollado por Bankinter en 2001.

A continuación explica el mercado de banca minorista, el marco regulatorio referido a los servicios de pago y a la protección de datos de carácter personal, constituido por la Directiva sobre servicios de pago o DSP y Propuesta de Segunda Directiva de Servicios de Pago y en el ámbito Nacional por Ley de Servicios de Pago (LSP) y por la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal (LPD) y resume la operativa de Fintonic y la operativa de la banca electrónica de CAIXABANK, con especial referencia a los usuarios autorizados y/o apoderados.

TERCERO. - En el escrito de demanda presentado por la recurrente, con carácter previo, se afirma su legitimación en calidad de denunciante para impugnar la resolución recurrida. Manifestó que su interés legítimo trae causa del archivo de la denuncia por ella presentada por parte de la CNMC, lo que provoca un riesgo extraordinariamente elevado de que el mercado mismo en el que opera FINTONIC desaparezca en España y ello antes de que la regulación europea destinada a ampararlo tenga siquiera oportunidad de surtir efecto. Añade que el rechazo de la CNMC a investigar siquiera este tipo de prácticas anticompetitivas puede fomentar su generalización por parte del resto de las entidades bancarias que operan en nuestro país y, con ello, contribuir directamente a la total desestabilización de las condiciones de competencia en las que operan FINTONIC y sus competidores, y la consiguiente desaparición del mercado relevante en el que operan.

Por lo demás, opone que la CNMC ha incumplido el artículo 49 de la LDC al archivar la denuncia de FITONIC ignorando, por una parte, los indicios razonables consignados en la propia resolución impugnada que confirman la sospecha de una posible infracción de la LDC y, por otra parte, la realidad misma de la conducta denunciada, perfectamente acreditada y que no ha sido cuestionada de contrario.

Añade que, además, ha se ha olvidado de los actos de hostigamiento y obstaculización emprendidos por CAIXABANK; que califica como actos de competencia desleal que, por falsear la libre competencia en el incipiente mercado nacional de la prestación de servicios de información sobre cuentas bancarias, afectan al interés público e infringen el artículo 3 de la LDC, lo que es especialmente alarmante si se toma en consideración que CAIXABANK ha lanzado recientemente IMAGINBANK, banca móvil dirigida exactamente al mismo público que representan los usuarios de FINTONIC.

Concreta que estos actos de hostigamiento han consistido en:

a. Introducción de un captcha para que los usuarios de FINTONIC clientes de CAIXABANK no puedan actualizar sus respectivas cuentas de usuario automáticamente (folio 7).

b. Bloqueo del Protocolo de Internet10 (IP) de FINTONIC, que se presta a través de una pasarela tecnológica de obtención de datos (folio 7).

c. Bloqueo o cancelación de las credenciales de acceso a la banca en línea de CAIXABANK a los usuarios de FINTONIC (y clientes a su vez de CAIXABANK) (folios 7 y 542).

d. Llamadas telefónicas alertando a los usuarios sobre supuestos fallos de seguridad en sus cuentas online y/o exigencias de cancelar su relación con FINTONIC (folios 7 y 542).

Por lo demás se opone en la demanda que la resolución impugnada está viciada de un error de derecho; está basada en hechos materialmente inexactos y adolece de un error manifiesto de apreciación.

Por lo que se refiere al error de hecho expone que el Consejo de la CNMC concluye en su Resolución que, en el expediente NUM000 , CAIXABANK, "no hay indicios de infracción de los artículos 1 y 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia ni 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Union Europea, ignorando por completo que ni en la motivación jurídica de la Resolución, ni en la denuncia formulada por mi mandante, ni en la práctica de la información reservada posterior se hace mención alguna a la eventual infracción de los artículos 1 y/o 2 de la LDC ni de los artículos 101 y/o 102 del TFUE , y concluye que la principal consecuencia que se deriva de este tipo de error es que impide que el contenido del acto se acomode al ordenamiento jurídico, lo que origina un acto ilegal.

Sostiene que la resolución recurrida recoge un relato de hechos materialmente inexactos por cuanto que los actos de obstaculización v hostigamiento emprendidos por CAIXABANK se justifican por motivos de seguridad contra el fraude y de protección de datos personales, cuya supuesta trascendencia está basada en información aportada exclusivamente por CAIXABANK. A estos efectos denuncia que ninguno de estos supuestos "motivos de seguridad contra el fraude y protección de datos personales" han sido investigados por la CNMC para confirmar si se efectivamente nos encontramos ante una verdadera justificación (como alega CAIXABANK) o si se trata de una mera excusa.

Respecto de la supuesta amenaza de suplantación de la identidad de los clientes de CAIXABANK que son, a su vez, usuarios de FINTONIC, con independencia de que la aludida amenaza le resulte completamente ajena a la totalidad de las entidades bancarias que operan en España (que en ningún momento han considerado comprometidas sus claves de acceso por parte de aquellos de sus clientes que acceden a través de FINTONIC), la Resolución impugnada ha ignorado que:

- Que es el usuario quien accede a su propia información bancaria a través de la pasarela tecnológica de EUROBITS contratada por FINTONIC.

- Que CAIXABANK conoce perfectamente que es EUROBITS (cuya identidad, solvencia y reputación en el mercado son incuestionables, siendo como es un agregador tecnológico participado por Bankia, Bankinter, Caja Laboral y Cajamar) quien implementa las peticiones de agregación de sus clientes/usuarios de FINTONIC.

- Que la forma en la que actúa EUROBITS (que es perfectamente conocida por las entidades bancarias en España) descarta cualquier amenaza de suplantación de la identidad de los clientes de CAIXABANK. En particular, el robot de EUROBITS realiza una serie de peticiones https que, en aras de una mejor eficacia, no realizan una navegación usual por la web de CAIXABANK; tanto este comportamiento, como el hecho de que EUROBITS se idéntica mediante una cabecera User-Agent hacen de todo punto imposible que CAIXABANK argumente que la seguridad de los datos de sus clientes podría verse comprometida en modo alguno.

Por todo ello concluye que la mera sospecha de que los "motivos de seguridad contra el fraude y protección de datos personales" alegados por CAIXABANK no justifican en realidad su conducta, hubiera debido conducir al Consejo de la CNMC a la incoación de procedimiento administrativo contra CAIXABANK para investigar debidamente la cuestión.

Par terminar opone que la resolución impugnada incurre en un error manifiesto de apreciación al tratar de justiciar su decisión de archivo de las actuaciones en un motivo -la seguridad jurídica e informática alegada por CAIXABANK)-que el Consejo mismo califica como insuficiente.

CUARTO. - El Abogado del Estado sostiene que no hay motivos para incoar expediente sancionador.

La representación procesal de Caixabank opone, con carácter previo, la falta de legitimación de FITONIC SLA para interponer recurso contencioso administrativo.

Explica que el interés de la Recurrente, según su propio escrito de demanda, es esencialmente conseguir que cese la supuesta conducta de CAIXABANK tendente a excluirla del mercado, incluso poniendo en riesgo " *inminente y cierto*" no sólo su propia supervivencia en el mercado español, sino " *un riesgo extraordinariamente elevado de que elmercado mismo en el que opera FINTONIC desaparezca en España*". Dicho esto, argumenta que la recurrente no ha probado que, a fecha de la interposición de su recurso, siga requiriendo la adopción de medidas correctoras por parte de la CNMC, sino que existe prueba que acredita que, en recientes declaraciones publicadas en fecha 7 de noviembre de 2016, la cofundadora y directora general de FINTONIC se mostraba optimista sobre la evolución de su negocio, al afirmar textualmente y en contra de lo expuesto por la Recurrente en su demanda que " *Las 'fintech' han venido paraquedarse* y que sus directivos, en otra notica de fecha 9 de octubre de 2016 reconocen que el ejercicio 2016 se presenta con perspectivas de crecimiento muy positivas para FINTONIC en la rama de negocio afectada por el Expediente.

Añade que la pretensión ejercitada en la demanda de que la Sala declare directamente la apertura del procedimiento sancionador contra CAIXABANK por los hechos denunciados por FINTONIC redunda en su

falta de legitimación activa porque, como señala el Abogado del Estado en su contestación a la demanda, la única titular de la potestad sancionadora es la Administración y su ejercicio incumbe exclusivamente a ésta, siendo así que, al menos en la vertiente relativa a la decisión de incoar o no el procedimiento sancionador (por oposición al ejercicio de la potestad sancionadora una vez incoado el procedimiento y apreciada la existencia de infracción), dicha potestad reviste carácter discrecional, sin que los tribunales puedan sustituir el criterio de la CNMC respecto a la incoación o no del procedimiento sancionador, sin perjuicio del control de arbitrariedad que pueden ejercer como limite a la discrecionalidad de la Administración en el ejercicio de dicha potestad.

Por lo demás afirma que la resolución recurrida esta suficientemente motivada y no incurre en error manifiesto y que no existe el error de derecho que invalidaría su motivación, al concluir que no se aprecia infracción de los artículos 1 y/o 2 de la LDC ni de los artículos 101 v/o 102 del TFUE, cuando la denuncia ante la CNMC versaba sobre una posible infracción del artículo 3 LDC y que, de una simple lectura de la Resolución y los documentos obrantes en el Expediente, tal alegación resulta a todas luces sesgada y torticera, resultando obvio que la Resolución examina de manera pormenorizada la denuncia y su análisis gira esencialmente en torno a la posible infracción del artículo 3 LDC puesta de manifiesto por la denunciante.

Añade que la conducta de CAIXABANK objeto del expediente está objetivamente justificada y que, por tanto, no constituye una vulneración del artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia LDC ni supone un acto desleal de acuerdo con el artículo 4 de la Ley de Competencia Desleal.

Argumenta que lo que realmente pretende FINTONIC mediante su denuncia y posterior recurso es dar satisfacción a sus pretensiones a través de una instrumentalización del Derecho de la competencia, cuando en realidad nos encontramos ante una cuestión que corresponde solventar al legislador. Recuerda que, como han admitido distintos estudios elaborados por las autoridades de defensa de la competencia de países de nuestro entorno, en ausencia de regulación específica o de posición de dominio en un determinado mercado relevante (como es claramente el caso de CAIXABANK en todos aquellos posibles mercados afectados por la resolución), el Derecho de la competencia no resulta por lo general una herramienta adecuada para acordar el acceso por parte de una empresa a información interna en posesión de otra (véase al respecto el reciente Informe conjunto publicado el pasado 10 de mayo de 2016 bajo el título *Competition Law andData* por las autoridades de defensa de la competencia alemana (*Bundeskartellamt*) y francesa (*Autorité de la concurrence*), que examinaba también el sector bancario) y que, en cualquier caso, " *CAIXABANK no niega el acceso a los usuarios de FINTONIC a sus cuentas de banca online, sino que requiere que se realice en base a un determinado protocolo de seguridad, con el fin de controlar que el acceso no está siendo fraudulento, con las consiguientes responsabilidades que de ello podrían derivarse para la denunciada.*

Recuerda que CAIXABANK está sometida al cumplimiento de la normativa Payment Card Industry ("PCI")3 sobre seguridad de las tarjetas financieras (folio 667 del Expediente) y que, por tanto, debe cumplir con el estándar o arriesgarse a la pérdida de sus permisos para procesar las tarjetas de crédito y débito y enfrentar auditorías o pagos de multas, por lo que si se introdujera un intermediario en la cadena de acceso a los sistemas que muestran la información de las tarjetas (como, por ejemplo, FINTONIC), éste también debería someterse a la referida normativa PCI (folio 667 del Expediente)-

QUINTO. - Centrado el objeto de debate, abordaremos, en primer lugar, la cuestión atinente a la legitimación de la recurrente para interponer el presente recurso.

Para ello debemos recordar la interpretación que mantiene el Tribunal Supremo acerca de la legitimación del denunciante en procedimientos sancionadores seguidos ante la CNMC, y de la que es claro ejemplo la sentencia de 4 de marzo de 2014 , recurso núm. 1995/2011 - que casó la dictada por esta Sección Sexta, de fecha 30 de diciembre de 2010, recurso núm. 1/2009-, y que además relaciona diversos supuestos en los que la Audiencia Nacional reconoció la legitimación activa del denunciante que, sin embargo, negó en el caso abordado en la sentencia objeto de casación.

Dice el Tribunal Supremo lo siguiente:

"Quinto.- La regla general que esta Sala del Tribunal Supremo (y también la Sala de instancia) ha venido manteniendo en esta materia es favorable a reconocer -con los matices que después se dirán- la legitimación para recurrir de los operadores económicos, incluidas las asociaciones como la de autos representativas de sus intereses, cuando, presentes en un determinado mercado y habiendo interpuesto la correspondiente denuncia ante los órganos de defensa de la competencia para instar la declaración de que otros agentes del mismo mercado habían incurrido en prácticas anticompetitivas, reciben como respuesta un acuerdo de sobreseimiento del expediente sancionador ya incoado.

Por no citar sino algunas de las sentencias de la última década, reseñaremos a continuación aquellas que han zanjado los correspondientes recursos frente a decisiones de sobreseimiento o archivo adoptadas por los

órganos de defensa de la competencia y recurridas ante la Sala de la Audiencia Nacional por las empresas -o asociaciones de éstas- que habían instado mediante denuncia la actuación sancionadora de dichos órganos. Reconoció dicha Sala en todas ellas la legitimación activa de las demandantes para impugnar el sobreseimiento acordado, haciéndolo bien de modo implícito o explícito en las siguientes (de entre las que esta Sala ha tenido conocimiento), ulteriormente confirmadas por el Tribunal Supremo:

A) "Jofra Oil, S.L." (titular de una estación de servicio) impugnó ante la Sala de la Audiencia en el recurso 406/2006 la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 17 de julio de 2006 que corroboró el sobreseimiento del expediente NUM014 , iniciado por denuncia de aquélla contra la operadora petrolífera "Shell España, S.A." (le sucedería posteriormente la compañía "Disa Península, S.L.U.") a la que acusaba de una infracción del artículo 1.1. de la Ley 16/1989 .

La sentencia dictada por la Audiencia Nacional con fecha 4 de junio de 2009 no cuestionó la legitimación de la actora y confirmó, por razones de fondo, la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia. Fue objeto del recurso de casación número 4718/2009, desestimado por nuestra sentencia de 30 de diciembre de 2013 .

B) La Asociación Nacional de Compradores y Usuarios de Viviendas del Ministerio de Defensa recurrió ante la Sala de la Audiencia Nacional el acuerdo del Tribunal de Defensa de la Competencia de 13 de junio de 2007 que había confirmado el sobreseimiento del expediente NUM015 , iniciado por denuncia de aquella asociación contra los Colegios Notariales -y los propios notarios- por supuestas conductas contrarias a la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia.

La sentencia dictada por la Audiencia Nacional con fecha 23 de febrero de 2009 en el recurso 278/2006 confirmó por razones de fondo la decisión del Tribunal de Defensa de la Competencia, sin cuestionar la legitimación activa de la Asociación recurrente. Fue objeto del recurso de casación número 4111/2009, desestimado por nuestra sentencia de 20 de marzo de 2013 .

C) Frente a la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 8 de marzo de 2007, que corroboró el sobreseimiento del expediente NUM016 , iniciado por una denuncia de la Asociación de Promotores Musicales contra la Sociedad General de Autores y Editores, aquella asociación interpuso ante la Sala de la Audiencia Nacional el recurso número 169/2007 .

La Sala de la Audiencia Nacional, en su sentencia de fecha 6 de abril de 2009 , no sólo reconoció la legitimación activa de la Asociación de Servicios de Prevención Ajenos para recurrir, sino que, tras estimar su recurso de modo parcial, anuló el acto impugnado (el sobreseimiento del expediente) y ordenó al Tribunal de Defensa de la Competencia que procediera a continuar el procedimiento sancionador. Tanto la Administración del Estado como la Sociedad General de Autores y Editores (entidad denunciada) interpusieron contra aquella sentencia el recurso de casación número 3446/2009, que fue desestimado por la nuestra de 4 de diciembre de 2012 .

D) En el recurso de casación número 709/2006 (resuelto por sentencia de 10 de mayo de 2008) la "Asociación Española de Floristas Interflora, S.A." recurrió la sentencia dictada por la Audiencia Nacional con fecha 26 de septiembre de 2005 en el recurso 1111/2004 , deducido contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 21 de enero de 2004 que corroboró el sobreseimiento del expediente NUM017 del Servicio de Defensa de la Competencia.

Dicho expediente había sido incoado a partir de la denuncia formulada por una floristería ("Tost Floristes") contra una empresa de servicios funerarios ("Remsa Tanatorios y Servicios, S.A.") a la que imputaba la infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989 , procedimiento en el que la "Asociación Española de Floristas Interflora, S.A." se había personado en apoyo de la denunciante como parte interesada. La Sala de la Audiencia Nacional no cuestionó la legitimación activa de esta última entidad para recurrir y, si bien desestimó su impugnación, lo hizo por razones de fondo. Su sentencia de 26 de septiembre de 2005 fue confirmada por la de esta Sala de 10 de mayo de 2008.

E) La Asociación Nacional de Empresas Forestales impugnó ante la Sala de la Audiencia Nacional en el recurso 972/1998 la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 30 de marzo de 1998 que corroboró el sobreseimiento del expediente NUM018 , incoado en virtud de denuncia de aquélla contra la "Empresa de Transformación Agraria, S.A." (TRAGSA) a la que imputaba determinadas conductas anticompetitivas.

En la sentencia dictada por la Audiencia Nacional con fecha 26 de septiembre de 2001 la Sala rechazó expresamente la tesis del Abogado del Estado a cuyo entender la Asociación demandante carecía de legitimación para recurrir la decisión de sobreseimiento. La sentencia de instancia fue impugnada en el recurso de casación número 548/2002, resuelto por la nuestra, desestimatoria, de 30 de enero de 2008 .

F) La Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio impugnó ante la Sala de la Audiencia Nacional (recurso 996/1998) la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 1 de abril de 1998

que había acordado el sobreseimiento parcial del expediente número NUM019 , incoado a raíz de la denuncia formulada por aquella Confederación contra la empresa petrolera "Cepsa".

En su sentencia dictada de 22 de enero de 2002 la Sala de la Audiencia Nacional nuevamente rechazó de modo expreso la objeción de inadmisibilidad (por carencia de legitimación) opuesta por el Abogado del Estado y por Cepsa. Estimó, además, parcialmente el recurso y ordenó "el desarchivo de la denuncia" para que los órganos de defensa de la competencia continuaran practicando los actos de investigación necesarios.

Al fallar esta Sala el recurso de casación número 1890/2002, resuelto por la sentencia de 4 de mayo de 2007 , no se cuestionó el reconocimiento de la legitimación de la recurrente en la instancia.

G) En el recurso de casación número 1294/2002 (resuelto por sentencia de 29 de diciembre de 2004) la Asociación de Empresas Abanderadas de Total España recurrió la sentencia dictada por la Audiencia Nacional con fecha 11 de enero de 2002 en el recurso 559/2000 , deducido contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 23 de febrero de 2000 que confirmó el sobreseimiento del expediente NUM020 del Servicio de Defensa de la Competencia, incoado en virtud de denuncia de la citada asociación contra la empresa petrolera "Total España, S.A."

Al igual que en los recursos de análoga naturaleza antes reseñados, tampoco en esta ocasión la Sala de la Audiencia Nacional apreció la falta de legitimación de la Asociación recurrente. El ulterior recurso de casación interpuesto por dicha parte (número 1294/2002) fue rechazado por esta Sala a causa de sus deficiencias procesales.

H) En el recurso de casación número 5934/2001 (resuelto por sentencia de 8 de noviembre de 2004) D. Modesto recurrió la sentencia dictada por la Audiencia Nacional con fecha 10 de julio de 2001 en el recurso 675/1998 , deducido contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 16 de enero de 1998 que confirmó el sobreseimiento del expediente NUM000 instruido en virtud de denuncia formulada por dicho señor contra la entidad "Unión Española de Explosivos, S.A.", a la que acusaba de abuso de posición de dominio.

De nuevo la Sala de la Audiencia Nacional no apreció la falta de legitimación del recurrente, cuyo ulterior recurso de casación fue desestimado por esta Sala.

I) En el recurso 412/1998 la sociedad "Asfaltex Construcción, S.A." impugnó ante la Sala de la Audiencia Nacional la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 25 de septiembre de 1997 que confirmó el sobreseimiento del expediente sancionador NUM021 , incoado tras la denuncia formulada por dicha empresa contra la entidad AENOR, a la que acusaba de conductas colusorias. En la sentencia de 20 de octubre de 2004 no se cuestiona la legitimación de "Asfaltex Construcción, S.A.", cuyo recurso de casación contra ella (número 4685/2001) fue rechazado por esta Sala a causa de los defectos de formulación y planteamiento de los cuatro motivos que incluía.

J) Por no alargar más la relación, ya de suyo extensa, baste añadir que la misma Sala de la Audiencia Nacional reconoció sin dificultad la legitimación activa de los demandantes en los recursos interpuestos por las sociedades "Urbanismo, Ingeniería y Servicios del Sureste, S.L." (sentencia de 3 de noviembre de 2000 en el recurso 1321/1998) y "Landete Gimeno, S.L." (sentencia de 7 de junio de 2000 en el recurso 744/1996) contra sendas resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 29 de junio de 1998 y 30 de julio de 1996 que, a su vez, habían confirmado los acuerdos de sobreseimiento de los expedientes sancionadores incoados tras las correlativas denuncias de aquéllas contra "Telefónica de España, S.A." y "Petroliber Distribución, S.A." (después "Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A.") respectivamente.

Una y otra sentencia serían confirmadas por las nuestras de 10 de mayo de 2004 (recurso de casación número 6330/2000) y 16 de junio de 2004 (recurso de casación número 107/2001).

Sexto.- Hemos transcrito en un fundamento jurídico precedente las consideraciones que la Sala de instancia hace para rechazar la legitimación de la demandante con la finalidad de destacar cómo, a juicio de aquel tribunal, la razón determinante de su rechazo era que la Asociación actora "(...) únicamente señala su carácter de denunciante, pero lo cierto es que no expone una mayor justificación que la de ser parte denunciante o interesada en el expediente administrativo para poder recurrir en esta vía jurisdiccional". Como razón complementaria añadió la Sala -en la línea auspiciada por el Abogado del Estado- que resultaba innecesaria una orden de cesación de la conducta ilícita de las mutuas denunciadas ante el cambio normativo producido en el año 2005.

La primera afirmación de las dos expuestas no se corresponde enteramente con los argumentos de la demanda ni menos aún con los del escrito de conclusiones en el que la Asociación de Servicios de Prevención Ajenos dio respuesta a la correlativa objeción suscitada por las partes demandadas. En este último escrito expuso cómo la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2007 (recurso de casación 9763/2004), citada en apoyo de su objeción por los demandados, contenía argumentos a favor del reconocimiento de su propia legitimación activa

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

y sostuvo que ésta procedía del "interés legítimo y directo" que le asistía a la vista de las "ventajas materiales y competitivas" derivadas de la imposición de una eventual multa a las mutuas denunciadas. A todo lo cual añadió una razón adicional para reconocer su interés procesal, a saber, que sólo con la declaración "oficial" de que se habían producido en el pasado las conductas restrictivas por ella censuradas (declaración que correspondía en exclusiva al Tribunal de Defensa de la Competencia) sólo así, afirmaba, podría ulteriormente reclamar -bajo la vigencia del artículo 13 de la Ley 16/1989 - los daños y perjuicios derivados de aquellos actos ilícitos.

En otras palabras, la Asociación de Servicios de Prevención Ajenos recurrente no se limitó a destacar su mero carácter de denunciante sin intereses propios en juego, sino que alegó la existencia de éstos y los perjuicios económicos que para ella -para las empresas que la integraban- podrían derivar de la conducta, supuestamente contraria a la libre competencia, mantenida durante años por las mutuas que actuaban en el mismo mercado de los servicios de prevención ajenos de riesgos laborales. Mutuas que - siempre en la versión de la denunciante- habían perjudicado de modo negativo los intereses de sus competidoras - las sociedades recurrentes- al ofrecer unos precios predatorios o anormalmente bajos que sólo eran posibles si aquéllas imputaban parte de sus costes a los recursos, medios y fondos públicos puestos a su disposición en cuanto entidades colaboradoras de la Seguridad Social en la cobertura de determinadas contingencias y en la gestión de ciertas prestaciones económicas. Adujo, además, una circunstancia singular como era la necesidad de obtener una decisión administrativa favorable en cuanto única vía para interesar después -se sobreentiende que ante los tribunales del orden civil- el resarcimiento de los daños y perjuicios que se le habían irrogado, sobre la base de que en la Ley 16/1989 aquella decisión era requisito inexcusable para la ulterior acción resarcitoria.

Ante este planteamiento resultaba obligado que la Sala de instancia hubiera reconocido la legitimación de la Asociación de Servicios de Prevención Ajenos para impugnar el acto administrativo de sobreseimiento. No había duda de que se trataba de una asociación integrada por sociedades que competían con las mutuas en el mercado de los servicios de prevención ajenos de riesgos laborales, de modo que tenían indudable interés en que fuera declarada y sancionada la eventual actuación ilícita de las mutuas competidoras si es que efectivamente resultaba contraria a las exigencias de la libre competencia. Precisamente para obtener una declaración en este sentido instaron la actuación del Tribunal de Defensa de la Competencia (que aceptó sin ambages su intervención como parte interesada y potencialmente perjudicada por aquella actuación) y tenían derecho a que un órgano jurisdiccional enjuiciase el fondo de la respuesta desestimatoria que la autoridad de competencia había pronunciado".

Pues bien, en el caso que ahora examinamos, procede reconocer la legitimación de FINTONIC por cuanto que su denuncia se fundamentó en conductas que, a su juicio, afectan directamente a su capacidad competitiva en el incipiente mercado de la prestación de servicios de información sobre cuentas bancarias, situando su interés legítimo en que el archivo de su denuncia por parte de la CNMC provoque un riesgo extraordinariamente elevado de que el mercado mismo en el que opera FINTONIC desaparezca en España y ello antes de que la regulación europea destinada a ampararlo tenga siquiera oportunidad de surtir efecto y añade que, el éxito de su recurso, le reportará "ventajas competitivas" indudables caso de suprimirse, o limitarse, las conductas que limitan su capacidad de actuación en el citado mercado. La conclusión que sostenemos no resulta afectada por las declaraciones realizadas en 2016 por la cofundadora y directora general de FINTONIC y otros de sus directivos sus directivos sobre la marcha del negocio, a las que se alude en el escrito de contestación a la demanda por parte de Caixabank, por cuanto que no alcanzan a eliminar el interés legítimo de FINTONIC en el presente procedimiento en orden a que se incoe un procedimiento sancionador sobre los hechos denunciados del que pudieron derivarse, a su favor, ventajas competitivas.

SEXTO. - Admitida la legitimación activa de la recurrente, corresponde examinar si se ajusta a derecho la resolución de la CNMC en cuanto acuerda la no incoación de expediente sancionador y el archivo de las actuaciones practicadas. La CNMC ha concluido, una vez realizada la oportuna actividad investigadora, que no existen prácticas restrictivas de la competencia.

Con carácter previo al análisis de la cuestión sometida a debate, esta Sección considera oportuno concretar el límite de las facultades de los órganos jurisdiccionales respecto de las decisiones administrativas que acuerdan que no hay motivos para la incoación de un expediente sancionador. Ello ya se ha resuelto por esta misma Sección en la sentencia dictada en fecha 17 de diciembre de 2013 (rec. nº 432/2012.) a cuyo fundamento de derecho tercero nos remitimos. Concretamente decíamos:

"TERCERO: Tal y como apuntó la defensa del Estado, una cuestión liminar que debe tratarse en el presente caso es la relativa a delimitar cuales son las obligaciones de la autoridad de competencia cuando una persona física o jurídica le presenta una denuncia por práctica anticompetitiva, y más en concreto si existe por parte de dicha administración una obligación de investigación, el curso en que en cuanto al fondo debe darse a cada denuncia y la extensión del control jurisdiccional en estos casos.

La STPI de 18 de septiembre de 1992 asunto T-24/90 Automec, apartados 73 a 81, respondió a estas cuestiones con una doctrina que se ha mantenido inalterada con el paso del tiempo. Por su interés y aplicabilidad para el presente asunto, se reproducen los apartados 73 a 81 de dicha resolución, sin que los cambios normativos producidos desde entonces afecten en lo esencial a la "ratio" de la doctrina contenida en la resolución citada:

"73. Para definir las obligaciones de la Comisión en este contexto, debe recordarse, con carácter preliminar, que es responsable de la aplicación y de la orientación de la política comunitaria de la competencia (véase la sentencia del Tribunal de Justicia, de 28 de febrero de 1991, Delimitis, C-234/89 , Rec. pp. 935 y ss., especialmente p. 991). Esta es la causa de que el apartado 1 del artículo 89 del Tratado le asigne la misión de velar por la aplicación de los principios establecidos por los artículos 85 y 86 y de que las disposiciones adoptadas con base en el artículo 87 le confieran amplias facultades.

74. El alcance de las facultades de la Comisión en el ámbito del Derecho de la competencia debe examinarse a la luz del apartado 1 del artículo 89 del Tratado, que, en este ámbito, constituye la manifestación concreta de la misión general de vigilancia confiada a la Comisión por el artículo 155 del Tratado. Ahora bien, como ha señalado el Tribunal de Justicia en el marco del artículo 169 del Tratado (sentencia de 14 de febrero de 1989, Star Fruit/Comisión, 247/87 , Rec. pp. 291 y ss., especialmente p. 301), dicha misión no implica que la Comisión esté obligada a iniciar procedimientos que tengan como objeto probar posibles violaciones del Derecho comunitario.

75. A este respecto, el Tribunal de Primera Instancia señala que de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (sentencia de 18 de octubre de 1979 , GEMA, antes citada, pp. 3173 y ss., especialmente p. 3189) se desprende que, entre los derechos conferidos a las partes denunciantes por los Reglamentos n° 17 y n° 99/63 , no figura el de obtener una Decisión, en el sentido del artículo 189 del Tratado, en cuanto a si existe o no la supuesta infracción. De ello se deduce que la Comisión no puede estar obligada a pronunciarse al respecto, salvo cuando el objeto de la denuncia entra dentro de sus competencias exclusivas, como ocurre con la revocación de una exención concedida con arreglo al apartado 3 del artículo 85 del Tratado.

76. Como la Comisión no tiene la obligación de pronunciarse sobre si existe o no una infracción, no puede ser obligada a llevar a cabo una investigación, ya que ésta no podría tener más objeto que averiguar los elementos de prueba relativos a si existe o no una infracción que ella no está obligada a declarar. A este respecto, procede recordar que, a diferencia de lo que prevé la segunda frase del apartado 1 del artículo 89 del Tratado, en los casos de las solicitudes presentadas por los Estados miembros, los Reglamentos n° 17 y n° 99/63 no obligan expresamente a la Comisión a iniciar investigaciones sobre las denuncias que le sean presentadas.

77. A este respecto, debe señalarse que constituye un elemento inherente al ejercicio de la actividad administrativa la competencia, del titular de una misión de servicio público, de adoptar todas las medidas de organización necesarias para el cumplimiento de la misión que le haya sido confiada, incluida la definición de prioridades, en el marco establecido por la ley, cuando tales prioridades no han sido definidas por el legislador. Así debe ser, especialmente, cuando a una autoridad le ha sido confiada una misión de vigilancia y de control tan amplia y general como la atribuida a la Comisión en el ámbito de la competencia. Por tanto, el hecho de que la Comisión conceda diferentes grados de prioridad a los expedientes que le son sometidos en el ámbito de las normas sobre la competencia, es conforme a las obligaciones que le impone el Derecho comunitario.

78. Este punto de vista no es contrario a las sentencias del Tribunal de Justicia, de 11 de octubre de 1983 (210/81), antes citada ; de 28 de marzo de 1985 , CICCE (298/93, Ree. p. 1105), y de 17 de noviembre de 1987, BAT y Reynolds/Comisión (asuntos acumulados 142/84 y 156/84 , Rec. p. 4487). Efectivamente, en la sentencia Demo-Studio Schmidt, el Tribunal de Justicia consideró que la Comisión «tenía que examinar los hechos expuestos» por la parte denunciante, sin prejuzgar, no obstante, la cuestión de si la Comisión podía abstenerse de llevar a cabo una investigación sobre la denuncia, ya que, en aquel asunto, la Comisión había examinado los hechos expuestos en la denuncia y la había desestimado por no haber elementos que permitiesen llegar a la conclusión de que existía una infracción. Dicha cuestión tampoco se planteó en los asuntos posteriores CICCE (298/83, antes citado) y BAT y Reynolds (asuntos acumulados 142/84 y 156/84, antes citados).

79. No obstante, si bien la Comisión no puede ser obligada a llevar a cabo una investigación, las garantías procesales previstas en el artículo 3 del Reglamento n° 17 y en el artículo 6 del Reglamento n° 99/63 la obligan a examinar atentamente los elementos de hecho y de derecho puestos en su conocimiento por la parte denunciante, con el fin de determinar si dichos elementos revelan una conducta que pueda falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y afectar al comercio entre Estados miembros (véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de 11 de octubre de 1983 , Demo-Studio Schmidt , de 28 de marzo de 1985, CICCE , y de 17 de noviembre de 1987 , BAT y Reynolds, antes citadas).

80. Cuando, como ocurre en el presente asunto, la Comisión ha adoptado una decisión de archivar la denuncia, sin llevar a cabo investigación alguna, el control de legalidad que debe efectuar este Tribunal tiene la finalidad

de comprobar que la decisión controvertida no está basada en hechos materialmente inexactos, no está viciada de ningún error de derecho, ni tampoco de ningún error manifiesto de apreciación ni de desviación de poder.

81. Corresponde al Tribunal de Primera Instancia, a la luz de estos principios, comprobar en primer lugar si la Comisión realizó el examen de la denuncia al que estaba obligada, evaluando, con toda la atención necesaria, los elementos de hecho y de derecho expuestos por la demandante en su denuncia y, en segundo lugar, si la Comisión motivó correctamente su decisión de archivar la denuncia, invocando su facultad de «conceder diferentes grados de prioridad en la iniciación de actuaciones sobre los asuntos que le son sometidos», por un lado, y refiriéndose al interés comunitario del asunto como criterio de prioridad, por otro".

SÉPTIMO-. De acuerdo con la doctrina expuesta, examinaremos si la decisión de no incoar el procedimiento sancionador. adoptada por la CNMC, está basada en hechos materialmente inexactos, o está viciada de error de derecho, o de error manifiesto de apreciación o de desviación de poder.

Esta Sección anticipa ya que no comparte la tesis de la recurrente. Y ello porque la resolución de la CNMC impugnada contiene un razonamiento exhaustivo que no que no está incurso en error de derecho ni en manifiesto error de apreciación, ni tampoco en arbitrariedad ni es constitutivo de una desviación de poder.

La decisión de archivo de la denuncia por parte de la CNMC viene precedida de una actividad de investigación preliminar practicada por la Dirección de Competencia de la CNMC que realizó un análisis de los hechos denunciados, deteniéndose en la descripción del mercado afectado, explicando el mercado de banca minorista, el marco regulatorio referido a los servicios de pago y a la protección de datos de carácter personal, constituido por la Directiva sobre servicios de pago o DSP y Propuesta de Segunda Directiva de Servicios de Pago y en el ámbito Nacional por Ley de Servicios de Pago (LSP) y por la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal (LPD) y resumiendo la operativa de Fintonic y de la banca electrónica de CAIXABANK, con especial referencia a los usuarios autorizados y/o apoderados.

La resolución la resolución impugnada no incurre en un error manifiesto de apreciación por cuanto que recoge y examina todos los hechos denunciados que, finalmente considera justificados por motivos de seguridad contra el fraude y de protección de datos personales, a la vista de contenido del informe emitido por CAIXABANK y de los datos aportados por la propia recurrente, que a juicio de la CNMC han resultado suficientes para resolver.

Por lo demás, los fundamentos en que se apoya la resolución recurrida no han quedado desvirtuados por la declaración del Director General de EUROBITS TECHNOLOGIES, S.L. A estos efectos cumple manifestar que esta mercantil no es ajena al presente procedimiento y a los intereses de la recurrente toda vez que, como explica ésta en su demanda, el problema ocasionado por los hechos denunciados afecta también al proveedor de servicios tecnológicos de agregación de FINTONIC, EUROBITS TECHNOLOGIES, S.L. que está destinando gran parte de sus recursos a minimizar los efectos negativos descritos, lo cual le está impidiendo cumplir el plan pactado con FINTONIC de incorporación de nuevos bancos al servicio de agregación y de mejora de la calidad del servicio. A lo dicho cabe añadir que el hecho de que en los 19 años en lleva prestando el servicio no haya un solo caso conocido de incidente de seguridad, no evidencia la arbitrariedad de la resolución recurrida ni el error en la apreciación de los hechos que denuncia la demandante. Tampoco el hecho de que otras entidades bancarias actúen de manera diferente a CAIXABANK respecto de la agregación de los datos bancarios de los usuarios de FINTONIC.

No apreciamos tampoco el error de derecho que la recurrente denuncia, tratándose de un mero error material o de transcripción en la parte dispositiva de la resolución, que no proyecta las consecuencias pretendidas por la actora. Asi resulta del contenido de la resolución recurrida en la que se analizan los hechos denunciados en base al artículo 3 LDC , indicando expresamente que ello implica identificar, si la conducta de la empresa denunciada se enmarca en alguno de los actos de competencia desleal tipificados en la Ley 3/1991,de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD), limitando la capacidad de competir de otras empresa, para concluir que la DC considera que la conducta denunciada no tiene cabida en los supuestos tipificados como desleales en la LCD y que, por tanto, no se cumple el primero de los requisitos exigidos para la posible aplicación del artículo 3 de la LDC.

Para terminar, no apreciamos contradicciones en la resolución impugnada. Es cierto que en ella se recoge *que "si bien algunos de los argumentos aportados por CAIXABANK a la hora de justificar ciertas limitaciones impuestas a la operativa de FINTONIC podrían considerarse suficientes",* sin embargo, concluye *"que ha quedado acreditado que la preocupación de CAIXABANK por la operativa de FINTONIC no se limitaba a los puntos de seguridad jurídica e informática apuntados".* Asi las cosas, la resolución resuelve que las limitaciones impuestas por CAIXABANK al denunciante en relación con el acceso de sus clientes a FINTONIC y los contactos de la entidad con clientes del agregador, se justifican por motivos de seguridad contra el fraude y protección de datos personales.

Por lo demás, no existe contradicción en el hecho de reconocer, con carácter general que *"la reacción de las entidades bancarias frente a la actividad de los agregadores financieros puede tener repercusiones directas en la presencia en el mercado de los mismos y pueda servir para disfrazar alguna actitud anticompetitiva"* para concluir que en el caso concreto ," *a la vista de la denuncia presentada, de la documentación que obra en el expediente y del análisis de los hechos realizado por la DC, esta Sala no aprecia en la actividad de CAIXABANK indicios de una conducta desleal en los términos previstos por la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, no reuniendo por tanto, los requisitos necesarios del artículo 3 de la LDC . No existiendo, pues, indicios de prácticas prohibidas por el artículo 3 de la LDC , el Consejo considera ajustada a Derecho la Propuesta de Archivo de las actuaciones realizadas en el marco del expediente NUM000 , CAIXABANK."*

En definitiva, no se aprecia que la CMNC haya incurrido en un uso desviado de sus competencias en relación con la decisión de no incoar expediente sancionador respecto de la denuncia analizada.

OCTAVO. - Por todo lo anteriormente razonado procede la desestimación del presente recurso contencioso-administrativo lo cual implica que se impongan a la parte recurrente las costas procesales causadas en esta instancia tal como dispone el artículo 139.1 de la LJCA en la redacción dada por la Ley 37/2011 de 10 de octubre.

FALLAMOS

Que debemos DESESTIMAR y DESESTIMAMOS el recurso contencioso promovido por promovido por la Procuradora de los Tribunales Dª Consuelo Rodríguez Chacón, en nombre y en representación de **FINTONIC SERVICIOS FINANCIEROS SL**., contra la Resolución dictada en fecha 29 de septiembre de 2015 por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente núm. / NUM000 CAIXABANK y, en consecuencia, se confirma al ser ajustada a derecho.

Se imponen a la parte actora las costas procesales causadas en esta instancia.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es susceptible de recurso de casación, que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Así, lo mandamos, pronunciamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ