

Id Cendoj: 28079230062003100172
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 0466/1999
Nº de Resolución:
Procedimiento: Recurso contencioso-administrativo
Ponente: CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a dieciocho de julio de dos mil tres.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido Trans **Unión España** Credit Bureau S.L., y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Isidro Orquin Cedenilla, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 11 de marzo de 1999, siendo Codemandada AUSBANC y la cuantía del presente recurso indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Se interpone recurso contencioso administrativo por Trans **Unión España** Credit Bureau S.L., y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Isidro Orquin Cedenilla, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 11 de marzo de 1999, solicitando a la Sala declare la nulidad del acto impugnado.

SEGUNDO: Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en el escrito de demanda consta literalmente.

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

TERCERO: Habiéndose solicitado recibimiento a prueba, practicadas las declaradas pertinentes y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día ocho de julio de dos mil tres. Se produce cambio de ponente al anunciar el designado en el transcurso de la deliberación su intención de formular voto particular a la presente sentencia, por discrepar de la mayoría.

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

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Es objeto de impugnación en autos la Resolución del Tribunal de Defensa de la

Competencia de fecha 11 de marzo de 1999, por la que se deniega a la recurrente la constitución de un Registro de Información de Crédito accesible para todas las entidades financieras referidas en el expediente administrativo, previo pago de una cuota, en condiciones no discriminatorias.

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

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

La actividad que constituye la base de la presente controversia consiste en la constitución de un Registro de Crédito, cuya finalidad es dar información a entidades financieras respecto de los usuarios de los servicios por ellas prestados, de elementos negativos: impagos. Se trata pues de un Registro que informa la morosidad.

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

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

La doctrina expuesta es la mantenida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades. En su sentencia de 28 de mayo de 1998, dictada en el asunto C-7/95 P, se contienen en lo que ahora interesa, las siguientes afirmaciones, en relación a un acuerdo de intercambio de información entre empresas: "... La Comisión consideró que el acuerdo llevaba a una restricción de la competencia, por una parte al incrementar la transparencia de un mercado muy concentrado, y por otra, al aumentar los obstáculos de acceso al mercado para los no miembros." - apartado 5 -. "...el acuerdo de intercambio de información sobre matriculación de tractores agrícolas... infringía el artículo 85.1 del Tratado, en la medida en que da lugar a un intercambio de información que permite a cada constructor conocer las ventas de los distintos competidores y las importaciones y las ventas a concesionarios." - apartado 10 -. "En el presente asunto debe destacarse que, para llegar a la conclusión de que la reducción del grado de incertidumbre, en cuanto al funcionamiento del mercado, restringe la autonomía de decisión de la empresa y, por tanto, puede restringir la competencia en el sentido del apartado 1 del artículo 85... en principio, la transparencia entre los operadores económicos fomenta, en un mercado verdaderamente competitivo, la intensificación de la competencia entre los proveedores, puesto que en tal caso, la circunstancia de que un operador económico tenga en cuenta informaciones sobre el funcionamiento del mercado, de las que dispone gracias al sistema de intercambio de información, para adaptar su comportamiento en dicho mercado, no atenúa ni suprime para los otros operadores económicos, habida cuenta del carácter atomizado de la oferta, toda incertidumbre en cuanto al comportamiento previsible de sus competidores... en un mercado oligopolístico fuertemente concentrado ... el intercambio de información puede permitir a las empresas conocer la posición en el mercado y las estrategias comerciales de sus competidores, y de este modo, alterar sensiblemente la competencia subsistente entre los operadores económicos." - apartado 88 -.

En relación con la posibilidad de aplicar el párrafo 3º del artículo 85, hoy 81, del Tratado, la sentencia

declara: "La demandante no acredita que las limitaciones de la competencia... son indispensables, sobre todo si se tienen en cuenta los objetivos de contribución al progreso económico y de reparto equitativo de beneficios..." - apartado 123 -.

Pues bien, la doctrina citada puede resumirse:

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

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

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

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

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

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

C) La información que se pretende introducir en el mercado, no es coincidente ni en su contenido ni en la forma de obtención con la facilitada por la Central de Riesgos del Banco de España, cuya regulación se contiene en esencia, en la Circular 3/1995 de 25 de septiembre, con sus modificaciones.

El fichero que se pretende crear, no coincide en su ámbito con el citado, pues el segundo informa de créditos a partir de ciertos umbrales - 1 millón de pesetas -; y la forma de obtención de la información por las entidades de crédito requiere la autorización del titular.

Pues bien, la oferta de una información más amplia y con menores requisitos para su difusión en el mercado, supone una mayor transparencia de la existente actualmente, y por tanto el fichero que nos ocupa tiende a alterar la situación anterior con incidencia directa sobre la competencia en el ámbito de un sector económico mediante la puesta en el mercado de una información uniforme y relevante en la valoración del riesgo, y accesible a todas las empresas que actúan en dicho sector.

Pues bien, la recurrente resalta el carácter multisectorial del Registro como fundamento a su afirmación de que el mismo no tiene aptitud para restringir o limitar la libre competencia. Antes de analizar esta alegación hemos de señalar:

1.- Conforme al Reglamento de la entidad, son miembros de pleno derecho del Registro las entidades de financiación adheridas y las que puedan adherirse en el futuro, determinando tal posibilidad por el desarrollo de negocios conexos. Es correcta la apreciación del TDC en cuanto a que no es admisible la existencia de un órgano consultivo de clientes para informar de nuevas adhesiones, pues, efectivamente, ello supone una concertación de personas ajenas a la gestión del Registro, con posibilidad de determinar quienes pueden acceder a la información contenida en el mismo y por tanto limitar el acceso a ese concreto mercado de datos.

2.- Respecto del contenido objetivo del Registro viene determinado, en lo que ahora interesa, en cuanto por la recurrente se recaba e inscribe un dato sobre el moroso distintos del mero incumplimiento de una obligación dineraria, que es el único dato autorizado, cual es, la identificación del acreedor.

Pues bien, hemos señalado que la recurrente entiende que el Registro no es susceptible de restringir la libre competencia precisamente porque es multisectorial, esto es, se encuentra abierto a entidades financieras y no financieras, siempre, respecto de estas últimas, que realicen operaciones de pago aplazado total o parcialmente - si bien la propia entidad asume que el Registro quedó circunscrito a las entidades de crédito -.

De la sentencia del Tribunal de Justicia antes señalada resulta que la transparencia en una información como la que nos ocupa restringe la libre competencia cuando el mercado se encuentra concentrado, pero no así cuando el mismo presenta una estructura atomizada; y por tal razón la actora

insiste en que el Registro es multisectorial y por ello no apto para restringir la libre competencia. Ahora bien, tal afirmación parte de una idea global y unitaria del mercado en el que se insertan las entidades que tienen acceso al Registro, y ello no se corresponde con la realidad. Efectivamente, lo relevante a la hora de valorar si una determinada información que se transfiere al mercado es susceptible de limitar la libre competencia, no es que operadores económicos de distintos sectores tengan acceso a dicha información, sino que las características de cada sector económico al que se dirige la información, hagan imposible que la misma pueda provocar una restricción a la libre competencia. En realidad un Registro de las características que analizamos, puede restringir la competencia respecto de un concreto sector económico y no respecto de otro, cuando las empresas que actúan en ambos sectores tienen acceso al mismo. Esto es, el efecto distorsionador de la competencia puede producirse respecto de una categoría de operadores económicos con acceso al Registro, y ser inocua respecto de otra también adherida al Registro, porque el contraste que determine la posible restricción competitiva es necesario realizarlo respecto de los distintos sectores económicos con acceso al Registro. Dicho esto hemos de señalar:

1.- Las afirmaciones contenidas en la Resolución de 1992, a la que se refiere a la actora, en relación con la atomización del mercado financiero tienen un valor relativo - como correctamente afirma la codemandada - pues el tiempo transcurrido hasta la fecha de solicitud de la renovación de la autorización - cinco años -, es tiempo suficiente como para que las características del mercado se hayan visto alteradas.

2.- La transferencia de información unitaria al mercado sobre elementos esenciales de la actividad económica es una actuación que conceptualmente es apta para restringir la libre competencia, pues el conocimiento de tal información permite, en principio, realizar pronósticos acertados sobre la actuación de los restantes operadores en el mercado. Ahora bien, vemos que la estructura del sector económico al que se dirige la información puede determinar que la misma sea inocua para la libre competencia, pero en tal caso, quien afirme la irrelevancia de la transferencia de información, ha de acreditar que efectivamente las características del mercado impiden el efecto limitativo de la libre competencia, en un comportamiento que en abstracto es apto para ello.

3.- En cuanto al objeto de la información, se afirma por la recurrente que no puede incluirse en el concepto de "secreto de negocios" que es la información sobre la que ha de guardarse sigilo, pues es la que tiene aptitud para determinar las estrategias empresariales de los operadores económicos, y por ello la que tiene aptitud para restringir el libre mercado. Decíamos que la información que ofrece el Registro es la relativa a morosidad, esto es, consumidores que incumplen sus obligaciones dinerarias respecto de entidades adheridas. Pues bien, tal información hace referencia al comportamiento entre potenciales clientes y operadores financieros, así como las incidencias de la relación jurídica entre ambos en un aspecto esencial, cual es el cumplimiento de las obligaciones, y por ello determinante en la valoración del riesgo, elemento éste esencial a la actividad económica. Es pues la información relativa a la actividad económica y afecta al "secreto de negocios" en cuanto contribuye a la delimitación de un elemento esencial a la actividad económica.

En esencia este planteamiento es coincidente con el que realiza la Resolución impugnada, en cuanto al primer aspecto concurrente.

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

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

Si bien, el sistema económico que establece el Tratado se basa en los principios de la economía de libre mercado y concede un papel esencial a la libre competencia en la puesta en práctica, desarrollo y consecución del mismo, la libre competencia no es un fin en sí mismo. Es únicamente un medio para lograr que se produzca una óptima división del trabajo, un máximo de productividad, la satisfacción de la demanda.... El artículo 85 citado, y los siguientes hasta el 89, han de ser interpretados, según ha declarado el Tribunal de Justicia de las Comunidades, y aplicados a la luz de las disposiciones contenidas en los artículos 2 y 3 f) del propio Texto - sentencias Continental Can a. 6/72 y Comercial Solvents Corporation a. 6-7/73 -. El mencionado artículo 3 f) señala el principio básico, cual es el establecimiento de un régimen que

garantice que la competencia no será falseada en el mercado común, lo que exige atender no sólo a los derechos y obligaciones de los acuerdos que se enjuician, sino el contexto legal y económico en el que se han adoptado y van a desarrollar sus efectos - sentencia Beguelin Import CO. a. 22/71 -.

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

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

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

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

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

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

A) El Registro que nos ocupa tiende a informar respecto de un elemento esencial a la actividad económica, cual es el riesgo, en uno de sus aspectos: consumidores que incumplen sus obligaciones dinerarias, limitando tal riesgo respecto de los operadores en el mercado financiero. Ahora bien, la eliminación del riesgo en si mismo no es deseable en un sistema de libre competencia pues es uno de los elementos definidores de tal sistema. Así lo ha declarado el Tribunal de Luxemburgo de manera reiterada al analizar actuaciones anticompetitivas, en las que se incluyen la sustitución de los riesgos de la competencia por una cooperación práctica - sentencia de 8 de julio de 1999, entre otras, apartado 158 -.

Sin embargo, también es cierto que un riesgo excesivo puede llevar al colapso del mercado, de ahí que una equilibrada limitación del mismo justifique la autorización de conductas anticompetitivas en cuanto un menor nivel de riesgo puede producir el efecto beneficioso en el mercado que exige el artículo 3.1 de la Ley 16/1989. Tal es la idea de que parte la Resolución impugnada para autorizar la continuación del Registro que analizamos.

B) Pero precisamente los límites contenidos en el artículo 3 de la LDC a los que antes nos referíamos, la prohibición de imposición de restricciones innecesarias y la prohibición de eliminación de la competencia respecto de una parte sustancial del mercado, justifican el establecimiento de las limitaciones impuestas y que pasamos a estudiar:

1.- Respecto del conocimiento del acreedor, esgrime, con razón, el TDC estos argumentos: el conocimiento del acreedor afectado por el impago facilita la concertación entre los operadores económicos, al ser conocido tanto la actuación de uno de ellos respecto del consumidor moroso, como las consecuencias de su decisión.

2.- En cuanto al saldo cero, se establece la limitación a tres meses como una medida de protección del consumidor, siguiendo la idea rectora antes expuesta contenida en el artículo 3 de la LDC, pues si, efectivamente, el Registro que nos ocupa se articula sobre una situación de impago, no aparece justificado que, una vez saladas las deudas, la información se mantenga durante mucho más tiempo en el mercado. El establecer un plazo de tres meses responde a una decisión discrecional del TDC pues no existe previsión legal al respecto, suficientemente justificada por el propio Tribunal en cuanto no se ha mantenido una situación de morosidad creciente en el mercado, y el mantenimiento del saldo cero durante cinco años puede incidir en la recuperación de la capacidad crediticia del moroso y posibilita una práctica abusiva - aspectos estos considerados en la Resolución de 1992 -. El establecimiento del plazo es, como hemos dicho, discrecional atendidas unas justificaciones razonables y adaptadas a la realidad del mercado.

C) Por último hemos de realizar una breve referencia a la falta de jurisdicción del TDC para conocer de la presente autorización como consecuencia de las prescripciones de la Ley 5/92 sobre tratamiento automatizados de datos de carácter personal entonces vigente. El ámbito de regulación de la citada Ley no coincide con el correspondiente a la LDC, pues mientras la primera conecta con el derecho a la intimidad, la segunda lo hace respecto de la libre competencia. Al TDC le corresponde la regulación del mercado en su aspecto de libre competencia, a la Agencia de Protección de Datos le corresponde la regulación o lo que a dichos datos se refiere, el que ambas legislaciones incidan sobre una misma realidad jurídica, no impide ni la aplicación de ambas, ni la competencia de los distintos órganos de regulación en los aspectos que por Ley les vienen encomendados. El análisis realizado por el TDC se limita a los aspectos competenciales que son los que le vienen atribuidos legalmente.

De lo expuesto resulta la desestimación del recurso.

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

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

FALLAMOS

Que desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por Trans **Unión España** Credit Bureau S.L., y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Isidro Orquin Cedenilla, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 11 de marzo de 1999, debemos declarar y declaramos ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada, y en consecuencia debemos confirmarla y la confirmamos, sin imposición de costas.

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

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

Administrativo de la Audiencia Nacional.