

ÍNDICE:

ABREVIATURAS.	3
I. INTRODUCCIÓN.	5
II. CONTEXTO PREVIO	6
1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL PRINCIPIO DE LIBERTAD DE EMPRESA.....	6
2. SINOPSIS DEL ARTÍCULO 38 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.....	7
3. PRINCIPIO DE LIBERTAD EMPRESARIAL EN EL ÁMBITO DEL DERECHO BANCARIO.....	10
3.1. Operaciones bancarias típicas entre entidades bancarias y clientes.....	10
3.2. Principios básicos de la Responsabilidad Social Corporativa. El doble enfoque de la RSC: <i>Marketing</i> ; ética contractual.....	13
3.3. Explicación del enfoque <i>shareholders</i> y <i>stakeholders</i>	15
4. DESIGUALDADES DERIVADAS DEL PRINCIPIO DE LIBERTAD DE EMPRESA.....	16
4.1. Responsabilidad Social Corporativa, ¿dónde está el límite?.....	17
5. LIMITACIONES AL PRINCIPIO DE LIBERTAD EMPRESARIAL ENTRE ENTIDADES BANCARIAS Y EMPRESAS.....	19
6. SEGUROS DE CAMBIO.....	20
6.1. Concepto de seguro de cambio.....	21
6.2. ¿Qué utilidad tiene el seguro de cambio?.....	21

III. SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA (SECCIÓN 15ª), DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 2017.....	22
1. SUPUESTO DE HECHO Y ANTECEDENTES PREVIOS.....	22
2. FALLO EMITIDO.....	24
3. PRINCIPALES ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL.....	28
IV. PRINCIPALES CUESTIONES SUSCITADAS POR ESTE PRONUNCIAMIENTO.....	33
V. CONCLUSIONES.....	35
VI. ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO.....	38
VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CONSULTADAS.....	39
VIII. ÍNDICE NORMATIVO.....	40

ABREVIATURAS

Art. = Artículo.

CE = Constitución Española, de 29 de diciembre de 1978.

BE = Banco de España.

CNMV = Comisión Nacional del Mercado de Valores.

CCom = Real Decreto, de 22 de agosto de 1885 por el que se aprueba el Código de Comercio.

LCGC = Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.

LCC = Ley 16/2001, de 24 de julio, de Contratos de Crédito al Consumo.

TRLDCU = Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

BOE = Boletín Oficial del Estado.

RSC = Responsabilidad Social Corporativa.

AMA = *American Marketing Association*.

AECA = Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas.

Cc = Real Decreto, de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil.

CAIXABANK, S.A. = CAIXA.

TRANS FAST FINANCIAL SERVICES, S.A. = TRANS FAST.

LSP = Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de Servicios de Pago.

LCD = Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

CENDOJ = Centro de Documentación Judicial.

UE = Unión Europea.

DOUE = Diario Oficial de la Unión Europea.

I.- INTRODUCCIÓN.

En el presente trabajo se va a analizar y estudiar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 15ª), de 28 de septiembre de 2017, ROJ: SAP B 6298/2017. De forma previa al estudio y análisis de los hechos, fallo, argumentos jurídicos y cuestiones que se susciten por el pronunciamiento de la sentencia objeto de estudio, se elaborará una contextualización previa del principio de libertad empresarial y el concepto de Responsabilidad Social Corporativa, con el objetivo de comprender mejor la sentencia. Para ello se realizará un estudio: en primer lugar, del origen histórico del principio de la libertad empresarial, a continuación se llevará a cabo una breve sinopsis del artículo 38 de la Constitución Española. A reglón segundo, analizaré la Responsabilidad Social Corporativa en las empresas. Seguiré después con una breve explicación de los contratos bancarios más típicos en la actualidad, y a modo de conclusión, plantearé una resumida aclaración a cerca del concepto del seguro de cambio y sus usos.

Aclarados los puntos anteriores, el objetivo fundamental de este Trabajo de Fin de Grado es determinar el límite que tiene el principio de libertad de empresa en relación con actos de competencia desleal, en especial los llamados actos de obstaculización de la actividad empresarial.

A modo de conclusión de este trabajo, se expondrán una serie de opiniones y críticas desde mi punto de vista.

Para la realización de este trabajo han sido consultados diversos manuales, y opiniones de reconocidos autores, así como diversa doctrina para llegar a un mejor conocimiento de los temas tratados.

En cuanto a la elección del tema, he de decir que me siento afortunado ya que me considero un apasionado del mundo de los mercados y los agentes que intervienen en los mismos.

En lo referente a la metodología seguida a la hora de la elaboración de este Trabajo de Fin de Grado, he tenido que acudir a numerosos autores de gran prestigio e importancia en la materia. Además he consultado numerosos manuales, donde los autores ofrecían su punto de vista, al igual que numerosas revistas para entender mejor el objeto del estudio.

II. CONTEXTO PREVIO.

1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL PRINCIPIO DE LIBERTAD EMPRESARIAL.

Las relaciones entre Constitución y Economía son relativamente recientes, ya que hasta entrado el siglo XX no puede decirse que la teoría constitucional hubiera tenido en cuenta a la Economía, sino que se basaba únicamente en postulados políticos y en Derecho.

Como es sabido, en el momento en el que se produce el nacimiento de las constituciones a nivel europeo, la norma fundamental era la ordenación del poder político, y como consecuencia, nada se dice del poder económico, que queda al álbum de la famosa “mano invisible” preconizada por Adam Smith en “la riqueza de las naciones (1776).”¹

Si bien es cierto que podemos encontrar el inicio de la relación entre constitucionalismo y economía en el siglo XVIII, con la ruptura del Antiguo Régimen y las nuevas regulaciones en materia de agricultura, libertad de comercio, desarrollo de una Hacienda Pública, entre lo más importante, no es hasta la constitución alemana de Weimar, al final de la primera guerra mundial, cuando encontramos la primera gran incorporación de la Economía a la teoría constitucional.

¹ Disponible en la ed. de RODRÍGUEZ BRAUN, C., *Titivillus*.
<http://ceiphistorica.com/wp-content/uploads/2016/04/Smith-Adam-La-Riqueza-de-las-Naciones.pdf>

Este texto legislativo constaba de 181 artículos, entre, que dieron paso a la creación de una República en Alemania, manteniendo el federalismo, aunque se redujeron los Estados.

La dificultad principal a la que tuvo que hacer frente la Constitución de Weimar fue la gran decepción de la ciudadanía, debido a que la misma no participó, y por ende fue uno de los problemas fundamentales de la decadencia de la República de Weimar.

La experiencia de la República de Weimar y la Constitución del Imperio (Reich) Alemán, de 11 de agosto de 1919, suponen, como se ha dicho con anterioridad, el primer intento con éxito de renovación constitucional, y en especial en el aspecto económico, y de igual manera impulsó el desarrollo de nuevas ramas como el Derecho Económico, el Derecho del Trabajo, y el Derecho Social.²

De este modo, surgió la idea de Estado democrático que contempla la unificación del Estado con la planificación económica, entre otras cosas.

Si bien es cierto que la República de Weimar fue una República democrática avanzada en la época, las dificultades relativas a la frágil base política sobre la que se fundó, ya que la oposición de los grupos de izquierda y de ultra derecha del momento atacaron desde sus respectivas posturas; las indemnizaciones producidas por la primera Guerra Mundial; la dificultad de conseguir el apoyo de la ciudadanía; y la gran crisis financiera de 1929, y por consiguiente el gran número de desempleo, trajo consigo la destrucción de la República de Weimar, y en consecuencia, el nombramiento de Adolf Hitler como canciller alemán.

En la segunda mitad del siglo XX se produce la incorporación definitiva de la Economía a la constitución, así como los agentes de intervención estatal, todo ello con una conexión de derechos entre los mismos. Todo esto se lleva a cabo bajo la protección de la idea de Estado Social, que hoy en día es lo que tomamos por idóneo.

Actualmente, en nuestra Constitución Española, de 29 de diciembre de 1978 (en adelante CE),³ el legislador no ha llevado a cabo un calificativo de nuestro sistema económico. Sí que es cierto que se ha intentado poner en funcionamiento una tentativa de definir el artículo 38 de la CE como artículo de ideología de derechas, mientras que

² Véase los artículos 9 y 152 de la Constitución del Imperio (Reich) alemán, de 11 de agosto de 1919.

³ BOE núm. 311, de 29/12/1978.

el artículo 128, relativo al intervencionismo de estado en la vida económica, es de índole izquierdista. Esta concepción, es completamente errónea.⁴

Lo más correcto sería definir el modelo económico constitucional como un sistema de relaciones económicas, como algo que no está del todo regulado, definiéndolo en rasgos globales como un modelo muy abierto, característico del Estado Social.

2. SINOPSIS DEL ARTÍCULO 38 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

En primer lugar, hay que destacar que el art. 38 de la CE (libertad de empresa, o libertad empresarial) está totalmente relacionado con el mercado, puesto que estamos hablando del derecho al que cualquier agente económico puede acceder, es decir, intervenir en el mercado con su actividad, y poder decidir libremente las condiciones de las cláusulas contractuales a la hora de contratar con terceros., siempre y cuando se respete la ley.

La característica fundamental del mercado es el intercambio, las relaciones que se dan entre los distintos agentes económicos que operan en el mercado mediante el sistema de precios, para llevar a cabo los distintos intercambios.

En nuestra Constitución, nuestro legislador no define una configuración concreta de cada mercado, sino que se dedica a servir de marco para las diferentes relaciones que se dan en el mismo, es decir, de todas las intervenciones plurales que se dan.⁵

La tendencia actual coloca al sector privado como el sector que tiene en sus manos la prestación de los servicios. Concretamente, la Constitución se dedica a regular

⁴ LÓPEZ GARRIDO, D.: “Apuntes para un estudio sobre la Constitución Económica” *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*; nº15, 1993, págs. 79-96.

⁵ VIERA ÁLVAREZ, C.: “La libertad de empresa y algunos límites desde la perspectiva del estado social” *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*; nº21, 2010, págs. 197-224.

aquellos servicios o productos que son más sensibles, para que en el mercado se de la denominada competencia perfecta, pero nunca llevará la planificación del mercado, como regla general.

Si bien es cierto, de todo el articulado de la Constitución no encontramos ninguno que hable acerca de la competencia, ni de su protección. El artículo 38 simplemente destaca que existe el derecho de acceder al mercado.

A raíz de lo explicado surge la pregunta ¿cómo se protege el mercado en la CE? Son de gran interés los postulados que lleva a cabo CIDONCHA⁶, donde señala que la protección institucional del mercado opera en dos niveles.

“El primer nivel es el de la existencia del mercado en general, lo que implica la prohibición de su abolición en general y su sustitución por la planificación estatal.

El segundo nivel es el del contenido esencial del mercado. La protección institucional implica que allí donde hay mercado, el Estado debe garantizar un espacio de libertad de fijación de las condiciones de intercambio por parte de los privados.”

Para concluir el comentario del artículo 38 de la CE, debemos destacar la reserva de ley contenida en la Constitución, más concretamente en el art. 53.1 de la CE, con el fin de proteger la libertad de empresa.

Partiendo de la base de que estamos ante un derecho fundamental, la garantía de la que estamos hablando se transforma en la prohibición que se impone al legislador de afectar el contenido del mismo.

⁶ CIDONCHA MARTÍN, A., *La libertad de empresa.*, Thomson-Civitas, Madrid, 1ª ed. 2006; págs. 153-155.

3. PRINCIPIO DE LIBERTAD DE EMPRESA EN EL ÁMBITO DEL DERECHO BANCARIO. RELACIÓN CONTRACTUAL ENTRE ENTIDADES BANCARIAS Y EMPRESARIOS.

3.1. Operaciones típicas entre las entidades bancarias y sus clientes (empresarios).

En primer lugar es importante hacer una referencia a la definición de entidad de crédito. Una entidad de crédito es aquella empresa que se dedica principalmente a la captación de fondos en cualquier forma legal establecida para ello, es decir, mediante contratos bancarios. También es importante destacar que la actividad en el mercado de una entidad bancaria está sujeta a requisitos de Derecho Público, y bajo la supervisión de instituciones públicas como El Banco de España (en adelante BE), la Comisión Nacional del Mercado de Valores (en adelante CNMV) y el Ministerio de Economía y Hacienda.

Todas las entidades bancarias llevan a cabo su actividad mediante las llamadas “operaciones bancarias”, que se definen como un conjunto de actos jurídicos, que tiene como fin crear, modificar o extinguir una relación jurídica que forme parte de la intermediación en el crédito y la circulación del dinero bancario.

Para ser más concretos, podemos decir que un contrato bancario es, ante todo un contrato y, como tal, un acuerdo de voluntades entre las dos partes.

Dentro de las relaciones contractuales que se dan en el ámbito de la actividad de las entidades bancarias, podemos destacar tres grandes grupos: operaciones pasivas, operaciones activas, y operaciones neutras.

En lo referente a las operaciones pasivas, debemos entender que engloban a todos aquellos contratos que buscan la captación de pasivo que provienen de los clientes.

Los contratos de activo, son aquellas operaciones activas que se caracterizan por ser contratos activos con el objetivo de financiación y los de riesgo crediticio.

En tercer lugar, las operaciones neutras se refieren a los contratos que ofrecen prestación de servicios a los clientes a cambio de una remuneración, como por ejemplo la cuenta corriente.

Entre las características comunes a estas operaciones bancarias, contratos, debemos destacar:

- Son considerados contratos mercantiles.
- Son contratos atípicos, es decir, encontramos menciones en leyes como por ejemplo el Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se aprueba el Código de Comercio (en adelante CCom) ⁷pero no están regulados en los mismos. El único contrato que aparece regulado es el préstamo.
- Para la elaboración de dichos contratos, es de aplicación las condiciones generales de la contratación, es decir, se aplican las siguientes leyes: Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (en adelante LCGC); ⁸Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (en adelante LCC); ⁹Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante TRLDCU).¹⁰

Dentro del primer grupo, contratos bancarios pasivos, encontramos el depósito de dinero, cuyo objetivo es la captación de fondos por parte de sus clientes con el fin primordial, de por cuenta propia, conservarla y mantenerla segura. La entidad bancaria tiene la obligación de restituir los fondos al cliente en el plazo pactado, abonando el depositante los intereses pactados con anterioridad.

⁷ GACETA DE MADRID núm. 289, de 16/10/1885.

⁸ BOE núm. 89, de 14/04/1998

⁹ BOE núm. 155, de 25/06/2011.

¹⁰BOE núm. 287, de 30/11/2007.

En lo referente al segundo grupo de contratos bancarios, contratos bancarios activos, es de importancia destacar el préstamo bancario y el contrato de apertura de crédito.

El primero de ellos, el préstamo bancario, podemos definirlo como un acto de comercio puesto que una de las partes contratantes es un comerciante, y su actividad va encaminada a la entrega de una determinada suma de capital a la otra parte, que sería el cliente, perfeccionándose así el contrato. Una de las características más importantes de este tipo de contrato bancario es que solo genera obligaciones para una de las partes, esto es para el prestatario, que deberá devolver la suma de capital que le ha sido entregada con anterioridad por la entidad de crédito en el plazo pactado, y con los intereses o comisiones que se hubieran establecido por las partes.

En lo que respecta al otro contrato bancario activo, el contrato de apertura de crédito, debemos decir que es el contrato por el cual la entidad bancaria abre una línea de crédito o de financiación a favor del cliente, siempre con un límite de dinero, estableciéndose unas comisiones e intereses por el saldo que se utilice de esa línea de crédito. La obligación recae en el cliente que deberá de restituir el importe empleado de la línea de crédito a la fecha del vencimiento pactado.

Para concluir con las relaciones contractuales más típicas que se dan en el sector bancario con terceros, debemos destacar las operaciones neutras, en la que la apertura de una cuenta corriente bancaria es la más habitual.

El contrato de cuenta corriente bancaria puede definirse como un contrato de gestión, ya que la entidad de crédito se obliga a ofrecer al cliente un servicio de caja. El servicio de caja supone que la Entidad bancaria se compromete a llevar a cabo, por cuenta del cliente, operaciones de pago de sus deudas, movimiento de fondos, pago, cobro de cheques, etc.¹¹

La doctrina del Tribunal Supremo, entiende que el contrato de cuenta corriente bancaria es un contrato atípico que encuentra su fundamento en el llamado

¹¹ GARRIGUES DÍEZ-CAÑABATE, J. *Contratos bancarios*, Imprenta Aguirre, Madrid, 2ª edición, 1975, págs. 113-209.

“servicio de caja”, siendo sus notas características similares, aunque no idénticas, al contrato de comisión.¹²

3.2. Principios básicos de la Responsabilidad Social Corporativa. El doble enfoque de la RSC: *Marketing*; ética contractual.

La Responsabilidad Social Corporativa (en adelante RSC) es un hecho recurrente y muy acertado en estas últimas dos décadas, el cual no tiene una definición unitaria.

En sentido genérico podemos definir la RSC como los compromisos que adquieren las empresas con la sociedad. Durante mucho tiempo, estos compromisos se han producido mediante la financiación de actividades de carácter social, con el objetivo de obtener una buena reputación de cara a la sociedad.

Según Vicente Salas Fumás, “la RSC surge de una línea de pensamiento y acción que advierte un conflicto entre el objetivo de hacer máximo el valor económico de los recursos propiedad de la empresa, y de las acciones puestas en marcha con tal fin, y el objetivo general de hacer máximo el bienestar de la sociedad actuando con respeto a los principios éticos y morales de la dignidad humana.”¹³

En relación con los principios básicos de la RSC, o mejor dicho, con las dimensiones que busca este tipo de actuaciones son cuatro:

- Económica. Es la responsabilidad derivada de la función básica de la empresa, esto es, la producción de bienes y servicios.

¹² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 19 de diciembre de 1995; ROJ: STS 10752/1995. En esta sentencia se define al contrato de cuenta corriente bancaria como “figura atípica que encuentra su singularidad o elemento causal, desde el punto de vista de los titulares de la cuenta, en el llamado “Servicio de Caja”, encuadrable en nuestro Derecho dentro del marco general del contrato de comisión, el banco en cuanto mandatario ejecuta las instrucciones del cliente y como contraprestación recibe unas determinadas comisiones, asumiendo la responsabilidad propia de un comisionista.”

¹³ SALAS FUMÁS, V.: “¿Sustituye la responsabilidad social al buen gobierno de la empresa?”, *Economistas*, nº23, nº106, 2005, págs. 4-12.

- Legal. Todas las actividades de las empresas deben cumplir las leyes obligatoriamente.
- Ética. Todas aquellas actuaciones que lleva a cabo la empresa, y que con posterioridad serán juzgadas como correctas o no por la sociedad.
- Discrecional. Actividades que no son exigidas por la sociedad, pero que si se llevan a cabo son satisfactorias para ambas partes.¹⁴

No obstante, hay sectores que tienden a aceptar la idea de que la RSC es una estrategia más de *Marketing*.

La propia definición de *Marketing*, la última adoptada por la *American Marketing Association* (en adelante AMA), en el año 2004, reconoce explícitamente que las acciones de *Marketing* deben perseguir el beneficio de la organización y sus *stakeholders*, que lo conforman un gran grupo de sujetos, como los accionistas, directivos, clientes, la sociedad en general.¹⁵

En lo relativo a los *stakeholders*, debemos destacar que la empresa lleva a cabo una relación plurilateral entre la misma y sus accionistas, directivos, empleados, clientes, sociedad en general,..., sobre la que haré especial mención en el epígrafe siguiente.

La duda que se plantea después de estas afirmaciones es la siguiente: ¿cuánto de ético tienen las acciones de RSC? ¿Hay alguna acción de RSC que no busque la ganancia futura de reputación?

En respuesta a estas dos cuestiones, algunos sectores sociales están cuestionando que las empresas, con sus acciones de RSC, sólo busquen ganancias.

¹⁴ VACA ACOSTA, R.M.; MORENO DOMINGUEZ, M.J; RIQUEL LIGERO, F.: “Análisis de la responsabilidad social corporativa desde tres enfoques: stakeholders, capital intelectual y teoría institucional”, *Conocimiento, innovación y emprendedores: camino hacia el futuro*, 2007.

¹⁵ *The American Marketing Association's: “Perspectives on its implications for scholarship and the role and responsibility of Marketing in society”*, 2004. (última consulta 18-05-2018).

Disponible en:

<https://www.ama.org/AboutAMA/Pages/Definition-of-Marketing.aspx>

Entienden que las empresas empiezan a cuestionarse sobre el tipo de sociedad que se quiere construir en el futuro.

3.3. Explicación del enfoque *shareholders* y *stakeholders*.

Para llegar a la clara comprensión de estos dos conceptos, es importante plantearnos la siguiente pregunta: ¿ante quién es responsable la empresa?

La respuesta más sensata sería que la empresa respondería ante todos aquellos que se vean afectados por su actividad. Si entendemos esta respuesta como correcta, también vemos correcto que el modelo de la RSC de las empresas, este caracterizado por un enfoque *stakeholders*.

Pero antes de explicar en profundidad el enfoque *stakeholders*, es conveniente entender la actuación anterior, es decir, el enfoque *shareholders*.

El enfoque *shareholders* se basa en que únicamente los accionistas o propietarios son el grupo de interés, lo que conlleva que las actuaciones de RSC sólo irán encaminadas hacia este grupo de interés.

Uno de los mayores defensores del enfoque *shareholders* fue el economista Milton Friedman, que entendía que la empresa sólo tiene responsabilidad económica y legal, es decir, el cumplimiento de las leyes.¹⁶

Como contraposición, encontramos al profesor en economía y escritor Santiago García Echevarría que critica los postulados de Friedman al entender que: “el fin de la empresa es satisfacer las necesidades humanas con calidad, a cambio de un beneficio económico”¹⁷

¹⁶ FRIEDMAN M., “The social responsibility of business is to increase its profits”, The New York Times Magazine, 13 de septiembre de 1970, págs. 32-33.

¹⁷ GARCÍA ECHEVARRÍA, S.; *Introducción a la economía de la empresa*, Díaz de Santos, Madrid, 1ª edición, 1994.

Hoy en día, el enfoque *shareholders* está prácticamente en desuso, puesto que las empresas han aumentado ese grupo de interés, conformando un enfoque *stakeholders*.

Este último enfoque está compuesto por los siguientes grupos de interés: accionistas, directivos, empleados, clientes, proveedores, administraciones públicas, inversores, la comunidad local en la que se encuentra la empresa o uno de sus establecimientos, y la sociedad en general, entendida como ciudadanía y medio ambiente.

Pensar en una empresa que lleva a cabo unas actuaciones de RSC con un enfoque *stakeholders*, es afirmar que incorporan comportamientos empresariales comprometidos con la ética y la acción social.

4. DESIGUALDADES DERIVADAS DEL PRINCIPIO DE LIBERTAD EMPRESARIAL.

Hoy en día, las entidades bancarias tienen un poder de decisión muy fuerte a la hora de establecer las condiciones de los contratos con sus clientes. Este fenómeno se debe a la gran crisis financiera del sector bancario, que llevamos sufriendo desde hace más de un lustro. El miedo de las entidades bancarias ha favorecido este fenómeno.

También es importante destacar que la evolución económica y social de nuestra sociedad, que se ha visto influenciada por el capitalismo, ha propiciado la producción en masa de bienes y servicios por parte de las empresas, como respuesta al gran incremento del consumo, y por ende de los consumidores.

Como ya se ha dicho anteriormente, la producción en masa de bienes y servicios se ha visto influenciada por el aumento de los consumidores, haciendo que las empresas no puedan asumir la elaboración de contratos específicos para cada uno de sus consumidores.

Por consecuencia, se dan los llamados contratos en masa, que son contratos tipos que se elaboran mediante impresos o formularios iguales para un gran número de clientes.

A consecuencia de lo explicado, el contrato pasa a ser, según el profesor Luis Díez- Picazo, de una obra común de ambas partes, a un contrato en el cual el cliente ve limitado su poder de decisión a la hora de estipular las cláusulas, producidas por una situación de necesidad, y por lo tanto debe aceptar lo que ya está impuesto en ese formulario.¹⁸

Como consecuencia, hoy en día no tenemos el poder de decisión de las cláusulas contractuales como en el pasado. Las entidades bancarias pueden establecer intereses muy elevados puesto que son conscientes de las necesidades de los clientes.

En muchos casos, este poder de decisión se convierte en actos injustos, puesto que al cliente le deja en una situación de “desnudo” ante las decisiones de la entidad bancaria, y en otras ocasiones, aunque no sea lo más común, nos encontramos con actos de competencia desleal.

En lo relativo a estos actos de competencia desleal, debemos destacar que los más comunes tienen que ver con las cuentas corrientes que tienen los clientes con los mismos. Los bancos llevan a cabo actuaciones encaminadas a la obstaculización de la actividad del cliente mediante la fundamentación de que: o bien no tienen fondos, o bien les suben los intereses de los seguros.

4.1. Responsabilidad social corporativa. ¿Dónde está el límite?

La sociedad del siglo XXI se ha vuelto más exigente con las empresas debido al incremento de escándalos empresariales como fraudes fiscales,

¹⁸ DÍEZ- PICAZO, L. *Derecho y masificación social; Tecnología y derecho privado: dos esbozos*, Civitas, Madrid, 1ª ed. 1979; págs. 42-44.

contaminaciones medioambientales, etc. Por este motivo, las empresas actuales no pueden pensar en el éxito empresarial a largo plazo si se eluden las responsabilidades sociales.

Aquí podemos encontrar el fundamento principal al límite de las acciones de las empresas con sus *stakeholders*.

Como consecuencia, la RSC está cobrando, si no lo ha hecho ya, una grandísima importancia a la hora de la toma de decisiones de una sociedad con sus *stakeholders*.

Podemos decir que un comportamiento encaminado a comprometerse con sus *stakeholders* supone una ventaja competitiva, pero si no las llevamos a cabo, podemos entrar en una dinámica muy negativa a largo plazo, suponiendo, como se ha dicho con anterioridad, un límite a su actividad.¹⁹

Para que la empresa crezca a largo plazo es imprescindible que sustente sus procesos y productos en unos estándares éticos que integre en su gestión, y que trate de dar respuesta a las demandas de los agentes sociales a los que afecta o que le afecten.

Según la Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas (a partir de ahora AECA), entiende como sujetos integrantes del grupo *stakeholders* a las personas o grupos que se vean afectados por la existencia y acciones de la empresa. Estos grupos o personas afectadas intervienen directamente en la marcha de la empresa.²⁰

En conclusión, cabe decir que no existe un límite legal a la actividad ética de una sociedad, siempre y cuando no lleve actos que sean considerados como ilícitos, pero sí que existe un límite si hablamos de la rentabilidad futura de una empresa si no lleva a cabo los actos típicos de RSC.

¹⁹ VACA ACOSTA, R. M., MORENO DOMÍNGUEZ, M. J., RIQUEL LIGERO, F, “Análisis de la responsabilidad,...” *cit.*

²⁰ MONEVA ABADÍA, J.M., LIZCANO ÁLVAREZ, J.L.: “Marco conceptual de la responsabilidad social corporativa”, *AECA: Revista de la Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas*, nº68, 2004, págs. 31-36.

5. LIMITACIONES AL PRINCIPIO DE LIBERTAD EMPRESARIAL ENTRE ENTIDADES BANCARIAS Y EMPRESAS.

Como se ha expuesto anteriormente, el principio de libertad empresarial es un derecho fundamental garantizado en el art. 38 de la CE, reforzado con la garantía de reserva de ley del art. 53.1 de la Carta Magna.

El art. 53.1 de la CE es la garantía que se ofrece al ciudadano de que los poderes públicos se ajustarán a lo establecido en la CE y que su modificación debe hacerse en casos muy especiales.

Para entender y analizar las limitaciones que nos encontramos en nuestro derecho en relación al principio de libertad de empresa en el ámbito bancario, es importante en primer lugar saber cuáles son las fuentes de regulación de los contratos bancarios.

La primera fuente trata de atender a lo estipulado en el contenido propio del contrato. Sabemos que el contrato debe ser de forma escrita y que sus cláusulas tienen fuerza de ley entre los contratantes.

En segundo lugar, los contratos bancarios tienen muchos elementos comunes con otros contratos ya que algunas disposiciones aplicables a los segundos se encuentran tipificadas en el Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (en adelante Cc) y el CCom son de aplicación.

En tercer lugar, existe la normativa de transparencia bancaria con los clientes y protección al consumidor, con el fin de no dejar vacíos de ley que puedan aprovechar las entidades bancarias a la hora de llevar a cabo la contratación con los clientes.

Y en cuarto y último lugar, debemos destacar la jurisprudencia del TS, que establece, por ejemplo, que las permutas financieras son simplemente contratos de

transacciones financieras entre interesados que, desde el punto de vista económico, intercambian sus obligaciones financieras durante un período específico de tiempo.²¹

Como conclusión a esta explicación, cabe decir que de momento las únicas limitaciones al principio de libertad empresarial son las contenidas en las normas que se han dicho con anterioridad.

Ahora bien, debemos tener en cuenta otras limitaciones al principio de libertad empresarial establecidas en la CE, que son:

Por un lado la iniciativa pública en la actividad económica, del art. 128.1 de la CE, el cual viene a decir que se reconoce la legitimación de la iniciativa pública en la economía. La importancia de este artículo la encontramos en que el Estado puede actuar en el mercado incluso como un agente privado, siendo un competidor más.

En segundo lugar nos encontramos con la planificación de la actividad económica, del art. 131 de la CE, que establece que el Estado puede llevar a cabo la planificación de la economía general en aras de mejorar y atender las necesidades de España.

6. CONCEPTO DE SEGURO DE CAMBIO.

Para concluir con el segundo capítulo del Trabajo de Fin de Grado, vamos a explicar brevemente el concepto de seguro de cambio, y la utilidad que tiene en el sector bancario, ya que en el siguiente capítulo al analizar la sentencia nos encontraremos este concepto.

²¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 23 de mayo de 2018, ROJ: STS 1909/2018.

6.1. Concepto de seguro de cambio.

El seguro de cambio es un producto financiero cuyo objetivo es cubrir el riesgo de cambio de divisas. Para ello, se establece en el momento de la contratación un precio para comprar o para vender una divisa por un importe y en una fecha determinada.

La doctrina entiende que un seguro de cambio es un producto financiero complementario que se contrata entre una entidad bancaria y una sociedad remesadora con el objetivo de cubrir el riesgo que se pueda derivar de las operaciones de transferencias de dinero al extranjero, debido al constante cambio de divisas en el mercado.²²

6.2. ¿Qué utilidad tiene el seguro de cambio?

El seguro de cambio tiene dos utilidades, dependiendo si el cliente desea comprar o vender la divisa.

Si el cliente desea comprar, se compromete a comprar la divisa que el banco le reserva al precio pactado y podrá ser utilizado por tanto para cualquier compra en esa divisa.

Si por el contrario, el cliente desea vender, se compromete a vender la divisa al precio pactado en la fecha determinada, y podrá ser utilizada para cualquier venta en esa divisa.

²² Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 15ª), de 6 de junio de 2016, ROJ: AAP B 1333/2016 Auto nº 94/2016, rollo núm. 36/2016-3ª. En esta resolución el tribunal lleva a cabo una definición del seguro de cambio: “Se trata de un producto financiero usual en las transacciones en divisas en las que existe un riesgo de quebrantamiento como consecuencia del cambio y de su fluctuación constante en el mercado.” “... somos conscientes de que se trata de un producto que puede generar riesgo para la entidad financiera.”

III.- SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA (SECCIÓN 15ª), DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 2017.

1.- SUPUESTO DE HECHO Y ANTECEDENTES PREVIOS.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 15ª), de 28 de septiembre de 2017 ²³ versa acerca de un recurso de apelación interpuesto por la entidad bancaria CAIXABANK, SA (en adelante CAIXA), ante la resolución en primera instancia de 10 de junio de 2016.

La parte apelante es la entidad bancaria CAIXABANK, S.A; y la parte apelada la sociedad TRANS FAST FINANCIAL SERVICES, S.A. (en adelante TRANS FAST).

El supuesto de hecho que ha dado lugar a este recurso de apelación es el siguiente:

En primer lugar, la demandante en primera instancia, TRANS FAST demanda a la entidad bancaria CAIXA por dos motivos fundamentales:

- El primero de ellos es por la negativa por parte de CAIXA de renovar los seguros de cambio necesarios por la actora para poder llevar a cabo su actividad.
- El segundo motivo es el incremento injustificado de las comisiones bancarias a la parte actora, que se venían aplicando con normalidad hasta el momento.

²³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 15ª), de 28 de septiembre de 2017, ROJ: SAP B 6298/2017 Sentencia nº 387/2017, rollo núm. 426/2016-2ª.

La sociedad TRANS FAST es una entidad de pago que se dedica a la gestión de las transferencias realizadas en el exterior por cuentas de inmigrantes. Se entiende que la sociedad TRANS FAST es una entidad de pago ya que su actividad mercantil está tipificada en el artículo 1.2 de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago (en adelante LSP),²⁴ y por lo tanto se considera una entidad de pago (sociedad remesadora) que puede llevar a cabo su actividad en el mercado español.

Para poder desarrollar su actividad tiene abierta una cuenta corriente en la entidad CAIXA desde el año 2003, ya que en virtud del art. 2.4º del Real Decreto 2660/1998, de 14 de diciembre, sobre el cambio de moneda extranjera en establecimientos abiertos al público distintos de las entidades de crédito²⁵ las entidades de pago que lleven a cabo servicios de pago en España deberán gestionarlas a través de cuentas corrientes de entidades bancarias españolas.

Como se ha dicho en el párrafo anterior, para poder entrar en el mercado de transferencias de divisas al exterior, a la que se dedica la sociedad TRANS FAST, es de obligatoriedad llevarla a cabo mediante una cuenta corriente de una entidad de crédito española. Esto supone un problema para la parte actora en primera instancia ya que ve obstaculizada su actividad por parte de la entidad CAIXA.

Para llevar a cabo su actividad, la parte demandante ha llevado a cabo un contrato con la entidad bancaria de seguro de cambio. El primero de ellos se llevo a cabo en noviembre de 2013 y el último el 18 de diciembre de 2014, con vencimiento el día 4 de marzo de 2015.

La controversia comienza a principios del año 2015, puesto que la entidad bancaria CAIXA manifiesta su negativa a la renovación de los seguros de cambio que venían contratando las dos partes.

A parte de la negativa de la renovación de los contratos de seguros de cambio, la entidad bancaria también decide incrementar las comisiones que se venían aplicando hasta entonces.

²⁴BOE núm. 275, de 14/11/2009.

²⁵BOE núm.299, de 15/12/1998.

Por todos estos motivos, la sociedad TRANS FAST entiende que la entidad bancaria está actuando con mala fe contractual, y por tanto que está llevando a cabo un acto de competencia desleal ya que está obstruyendo la actividad de la sociedad mercantil. Se entiende que la sociedad TRANS FAST tiene una dependencia económica con la entidad bancaria CAIXA y que la misma se está aprovechando de ese poder de decisión a la hora de contratación de seguros de cambio, y del incremento de las comisiones bancarias sin motivo alguno.

La sociedad TRANS FAST, entiende que hay una dependencia económica con la entidad bancaria ya que no existe otra entidad que ofrezca los servicios que venía ofreciendo CAIXA en las mismas condiciones.

Ante dicha situación, la entidad bancaria CAIXA alega que únicamente las cuentas corrientes pueden ser consideradas como necesarias para la actividad de la sociedad TRANS FAST; puesto que la ausencia de un seguro de cambio no impide ni limita el ejercicio de la misma.

2.- FALLO EMITIDO.

El tribunal, en una primera instancia, estimó íntegramente la demanda interpuesta por la sociedad remesadora TRANS FAST, puesto que entienden que se da un acto de competencia desleal porque la entidad bancaria CAIXA obstaculiza la actividad de la actora.

En primer lugar, es importante destacar el fallo emitido en primera instancia. La sentencia en primera instancia falló a favor de la sociedad TRANS FAST ya que el Tribunal entendió que se estaba llevando a cabo un acto de competencia desleal del art. 4 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, modificada por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la defensa de los consumidores

y usuarios, (en adelante LCD)²⁶, puesto que la entidad bancaria CAIXA está obstaculizando el ejercicio de la actividad de la sociedad remesadora.

Es de importancia destacar la Directiva 2005/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, DOUE 11 de junio de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior debido a que tipifica una cláusula general de represión de las conductas comerciales desleales que llevan a cabo las empresas en relación con sus consumidores.

Dicha cláusula general de represión encuentra su fundamento en dos presupuestos: el primero de ellos hace referencia a la falta de diligencia profesional del sujeto activo a la hora de llevar a cabo su actividad; y el segundo tiene su fundamento en las consecuencias que ha tenido esa actuación del empresario, es decir, si esa actuación distorsiona, o puede distorsionar, de manera sustancial el comportamiento del consumidor al que va dirigida.

Con la nueva modificación de la LCD, el legislador ha decidido redactar la cláusula general de represión de las prácticas comerciales desleales de la siguiente manera: “ 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,...,que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo destinatario de la práctica,... ”.²⁷

Si bien es cierto que el tribunal descartó la aplicación del art. 16.2 de la LCD, entienden que los seguros de cambio son necesarios para llevar a cabo la actividad de la actora en este supuesto, y que por lo tanto, la negativa a la renovación de los seguros de cambio son constitutivos de un acto de competencia desleal, puesto que estamos ante un caso de dependencia económica.

²⁶ BOE núm. 315, de 31/12/2009.

²⁷ TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., HERRERA PETRUS, C. *La reforma de la ley de competencia desleal*, La Ley, Madrid, 1ªed. 2010, págs. 61-79.

En virtud de la doctrina establecida en el Tribunal Supremo, el artículo 16.2 de la LCD resulta ilícito cuando se dé la concurrencia de dos elementos, el primero sería el elemento activo, y en segundo lugar, se debe dar el elemento pasivo.²⁸

La fórmula del precepto 16 de la LCD tiene como fundamento garantizar que todos los consumidores tengan la oportunidad de acceder a las prestaciones el mercado en igualdad de condiciones, sin discriminación alguna.²⁹

A consecuencia de la sentencia dictada en primera instancia, la entidad bancaria CAIXA decide recurrir en apelación, ya que entiende que en ningún momento han llevado a cabo actos de competencia desleal, oponiéndose así a la totalidad del fallo emitido.

El Tribunal de primera instancia argumenta que la entidad bancaria actúa de mala fe al llevar a cabo los incrementos de las comisiones bancarias sin justificación alguna, además de la negativa a la renovación de los seguros de cambio. Si bien entiende el Tribunal que los seguros de cambio no son necesarios estrictamente para desarrollar la actividad de cualquier sociedad remesadora, en este caso interpreta que ese producto financiero complementario sí que es necesario y por lo tanto la negativa injustificada de la renovación de los mismos supone otro acto de competencia desleal, siendo ambos actos de obstaculización hacia la actividad de la sociedad remesadora.

En conclusión, el Tribunal de la primera instancia se basa en el incremento de las comisiones bancarias como motivo fundamental del acto de competencia desleal, aunque también entiende que el seguro de cambio, aunque sea un producto financiero complementario es necesario para la actividad de la sociedad actora y por tanto, la negación a la renovación del mismo supone un acto de obstaculización.

²⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 29 de febrero de 2012, ROJ: STS 1580/2012. En esta resolución el Tribunal lleva a cabo una definición del artículo 16.2. de la LCD: “El artículo 16.2. de la Ley 3/1991, de 10 de enero, tipifica como ilícita una conducta que presupone, en el lado activo, la explotación de una posición de dominio, y en el pasivo, una situación de dependencia económica en la que se encuentre quien carece de alternativas equivalentes para ejercer su actividad.”

²⁹ PORFIRIO CARPIO, L.J., *La discriminación de consumidores como acto de competencia desleal*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 1ªed. págs. 154-155.

Ante dicho fallo, la entidad bancaria CAIXA llevó a cabo un recurso de apelación, ya que entendía que, en primer lugar, la sociedad remesadora no necesita de un seguro de cambio para llevar a cabo su actuación en el mercado, y que la contratación del mismo solo adolece motivos sospechosos de especulación con la fluctuación de divisas.

En segundo lugar, en lo relativo a los incrementos de las comisiones bancarias, la entidad bancaria únicamente anunció de una posible decisión de incrementarlas a la parte actora, mediante una reunión entre respectivos representantes, sin llegar a llevar a cabo el anuncio.

La sociedad TRANS FAST, se opuso al recurso interpuesto por la entidad bancaria.

El fallo de la sentencia recurrida es literalmente el siguiente: “Estimo íntegramente la demanda formulada por Ignacio López Chocarro, en nombre y representación de TRANS FAST y declaro la existencia de conductas desleales realizadas por la demandada y descritas en los hechos probados. Condeno a CAIXA a cesar en las mismas, permitiendo a TRANS FAST la contratación de un seguro de cambio en las condiciones pactadas a otras entidades de pago y prohibiendo el incremento de las comisiones pactadas con la actora, salvo las modificaciones que deban realizarse con motivo de la evolución del mercado y modificaciones legislativas y ello con expresa imposición a la parte demandada de todas las costas procesales causadas.”

En la resolución del recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Barcelona estimó en parte el recurso de apelación por parte de CAIXA ya que rechazó la idea de que se había producido un acto de competencia desleal por el incremento de las comisiones bancarias, y en consecuencia, dejó sin efecto la prohibición contenida en el fallo anterior.

En relación con la negativa a la renovación de los seguros de cambio, la Audiencia no estuvo de acuerdo con la petición de la entidad bancaria en el recurso, ya que entiende que ese motivo sí es un acto de competencia desleal.

En este fallo no se impusieron costas a ninguna de las partes.

Los argumentos que la Audiencia alegó para que se diera este fallo serán objeto de estudio y análisis en el siguiente epígrafe.

3.- PRINCIPALES ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL.

El fallo que dio lugar al recurso de apelación siguió la siguiente línea argumental:

Se entendió que actuaciones tales como cancelación injustificada de cuentas corrientes, negativa a prestar servicios bancarios adicionales, modificación unilateral de las condiciones pactadas, son constitutivos de actos de competencia desleal, más concretamente, de actos de obstaculización de la actividad en el mercado, siendo el art. 4 de la LCD el marco legal.

Es importante definir el concepto de acto de obstaculización de la actividad en el mercado, para llegar a un mejor entendimiento de los argumentos dados por el Tribunal. Según la autora Aurea Suñol Lucea, el concepto de acto de obstaculización descansa en la idea de toda práctica desleal frente al competidor, sin causa justa, es decir de manera arbitraria, necesaria para impedir o bien la entrada o salida, o más concretamente impedir el mantenimiento de un tercer en el mercado.³⁰

En virtud de la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, basta con que la conducta o el hecho sean objetivamente contrarios a la buena fe para que se considere desleal. Es de importancia destacar que la intencionalidad, es decir el dolo o culpa, del sujeto que realiza el acto resulta, como norma general, irrelevante.

³⁰ SUÑOL LUCERA, A: “La aplicación de la cláusula general prohibitiva de actos de competencia desleal a los actos de obstaculización: (a propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 5 de octubre de 2001)”, *Aranzadi civil: revista quincenal*, nº2, 2003, págs. 1943-1966.

En lo referente a la buena fe contractual que debe llevar a cabo el sujeto que realiza el acto de competencia desleal, la doctrina establece que la norma establece un prototipo de comportamiento el cual debe ser respetado por las empresas, reforzando así la idea de que la intencionalidad es irrelevante en la mayoría de los casos.³¹

También se basa en distintas resoluciones dictadas en supuestos equivalentes como por ejemplo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 15ª), de 28 de noviembre de 2008, que versa acerca de la obligación legal que tienen las entidades de pago de canalizar todos los movimientos financieros mediante una entidad bancaria española, de ahí la supuesta dependencia económica que alega sufrir la sociedad TRANS FAST.³²

El art. 2.4º de Real Decreto 2660/1998 impone la obligación a todas las entidades que se dediquen a la gestión de transferencias al exterior, a canalizar todas las operaciones necesarias para realizar su actividad mediante cuentas corrientes de entidades bancarias que operen en España, siempre y cuando operen en el mismo.

El Tribunal entiende en consecuencia, que la sociedad TRANS FAST, se encuentra en una situación de dependencia económica y que las actuaciones de la entidad bancaria CAIXA están obstaculizando la actividad de la misma ya que se aprovecha de ese poder de negociación.

Los actos de obstaculización en los que se basa el Tribunal son, como ya se ha dicho con anterioridad, el incremento de las comisiones bancarias, y la negativa a la renovación de los contratos de seguro.

En consecuencia, el Tribunal entendió que se estaba dando un acto de competencia desleal del art. 4 de la LCD, por los siguientes motivos:

En primer lugar, la entidad bancaria no ha ofrecido ninguna justificación de su decisión de cancelar las cuentas operativas. En este caso, la entidad debería haber

³¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 15 de abril de 1998, ROJ: 1998/2053.

³² Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 15ª), de 28 de noviembre de 2008, ROJ: SAB B 11507/2008.

llevado a cabo una explicación justificada a la sociedad TRANS FAST de por qué se toma esa decisión.

En segundo lugar, se ve entorpecida y obstaculizada la actividad de la sociedad TRANS FAST por la negativa de la entidad bancaria a prestar servicios que venía contratando con anterioridad con la sociedad.

La respuesta de la Audiencia Provincial de Barcelona al recurso de apelación interpuesto por la entidad bancaria CAIXA, en relación con la negativa a la renovación de los seguros de cambio es la siguiente:

En primer lugar, es cierto que las entidades de pago tienen la obligación legal de tener sus cuentas bancarias en entidades bancarias españolas para poder realizar su actividad en el mercado, pero esta obligación legal, no es exigible a otro tipo de servicios, y en concreto a la contratación de seguros de cambio. Según la entidad bancaria, no se ven obligados a contratar un seguro de cambio con la entidad de pago, ya que no tienen esa obligación legal.

El tribunal argumenta que no está de acuerdo con esta postura de la parte apelante, dado que entiende que, si bien la cancelación de las cuentas corrientes es un acto de obstaculización directa, la negación de servicios complementarios, como contratación de seguros de cambio, son también considerados como actos de obstaculización siempre y cuando no se dé una justificación del motivo, como sucede en el caso.

En esta línea, la Unión Europea ha adoptado diversas medidas entre las que destaca la Directiva 2015/2366/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, DOUE 23 de diciembre de 2015, sobre servicios de pago en el mercado interior, por la que se modifican las Directivas 2002/65/CE; 2009/110/CE y 2013/36/CE y el Reglamento (UE) n.º 1093/2014 y se deroga la Directiva 2007/64/CE.

Aquí se establece que los estados miembros deben velar por que el acceso a las cuentas corrientes necesarias para desarrollar la actividad de las sociedades remesadoras debe hacerse de una manera no discriminatoria, y de forma legítima al

objetivo que responde. El acceso contemplado en la citada Directiva debe prestarse de manera que no existan obstáculos y con la suficiente eficiencia.

CAIXA también se basa en que la entidad de pago no necesita de la contratación de un seguro de cambio para poder realizar su actividad, a lo que la Audiencia Provincial responde argumentando que sí que es necesario para su actividad, o por lo menos es conveniente la contratación de un seguro de cambio. Esto es así ya que la entidad de pago está operando en el mercado con diferentes tipos de divisas, y que la contratación de un seguro de cambio puede reducir los posibles riesgos de esa actividad, ya que en breves lapsos de tiempo se pueden producir variaciones de todo tipo en las divisas.

El Tribunal entra en la esfera protectora del art. 38 de la CE, esto es el principio de libertad de empresa diciendo que si es cierto que la CE garantiza el derecho fundamental a poder de negociación, no protege las actuaciones injustificadas que tienen como fin único el entorpecer la actuación en el mercado de una sociedad.

En conclusión al primer motivo del recurso, la Audiencia entiende que la negativa a la renovación de los seguros de cambio no está justificada de ningún modo, y que esa negativa tiene como único fundamento el entorpecer la actividad de la entidad de pago, siendo un acto de competencia desleal, más concretamente un acto de obstaculización, y por tanto está de acuerdo con el fallo de la sentencia recurrida.

En relación al segundo motivo objeto del recurso, el incremento de las comisiones bancarias, la Audiencia Provincial argumenta su postura exponiendo el siguiente argumento:

En primer lugar, el incremento que alega la entidad de pago sobre las comisiones que se venían cobrando a la misa no se ha llegado a producir en ningún momento. La demanda que dio lugar a todo el proceso se basaba en un incremento de las comisiones bancarias que nunca se llegó a dar, ya que estamos hablando de una conversación privada entre un representante de la entidad bancaria CAIXA y uno de la sociedad TRANS FAST.

La Audiencia entiende que ese aviso por parte de la entidad bancaria del incremento de las comisiones fue un anuncio muy impreciso, el cual no llegó a producirse en ningún momento, y además la conversación fue grabada por la representante de TRANS FAST sin conocimiento del otro.

Como señala la sentencia recurrida, “las comisiones percibidas por los servicios prestados se fijan libremente por las entidad bancarias y sus clientes.”

Como señala el artículo 3 y 4 de la Orden EHA 2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios³³, las comisiones y los tipos de interés por los servicios prestados se fijan libremente por las entidades bancarias y sus clientes.

Sólo se pueden percibir comisiones por servicios solicitados en firme, o que se acepten expresamente por un cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente pagados o gastos habidos.

Sólo se pueden entender por comisiones bancarias aquellas que proceden de servicios prestados efectivamente, y los cuales ha debido existir una aceptación por ambas partes.

Si bien es cierto que la Audiencia Provincial entiende que un aumento desproporcionado de las comisiones, que no estén debidamente justificadas, supone un acto de competencia desleal del art. 4 de la LCD, que intenta obstaculizar la actividad de la sociedad incurriendo mala fe, en este caso concreto no se puede hablar de un acto de competencia desleal como tal, ya que no se ha llegado a materializar. No se puede deducir de una conversación informal, aunque esté grabada, que se haya producido o se vaya a producir un incremento de las comisiones.

En consecuencia, la Audiencia argumenta que si no se conoce las comisiones, no es posible entrar a valorar si estamos ante un acto de competencia desleal. Por este motivo, la Audiencia, como se ha dicho en el anterior epígrafe,

³³ BOE núm. 261, de 29/10/2011.

entiende que no estamos ante un acto de competencia desleal, y por tanto no está de acuerdo con el fallo de la sentencia recurrida en este aspecto.

A modo de conclusión, como ya se dijo en el epígrafe correspondiente al estudio del fallo, la Audiencia Provincial de Barcelona estima parcialmente el recurso de apelación de la entidad bancaria CAIXA.

IV.- PRINCIPALES CUESTIONES SUSCITADAS POR ESTE PRONUNCIAMIENTO.

Una de las principales cuestiones suscitadas por este pronunciamiento es la relativa a la libertad empresarial recogida en el artículo 38 de la CE.

La Audiencia Provincial de Barcelona entendió en el fallo que se estaba dando un acto de competencia desleal debido a la negativa de la entidad bancaria de renovar los contratos de seguros de cambio unilateralmente, y sin justificación alguna.

La libertad de empresa recogida en el art. 38 de la CE, otorga el derecho a todo el mundo de acceder al mercado, y de llevar a cabo la estipulación de las cláusulas de los contratos de manera libre siempre que se respete a la otra parte y exista voluntariedad por ambas; ahora bien, cuando este derecho fundamental se lleva a cabo de manera discriminatoria, con fines de entorpecer la actividad de un competidor o cliente, responde a prácticas de entorpecimiento del mercado ³⁴ y por lo tanto actuaciones que se enfrentan al principio de libertad de empresa, debido a la especial protección de la LCD.

Según la profesora Valentine Korah, unas empresas se hallan en posición dominante cuando tienen la posibilidad de comportamientos independientes que les

³⁴ Véase artículo 1º de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios: *Esta ley tiene por objeto la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado, y a tal fin establece la prohibición de los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita en los términos de la Ley General de Publicidad.*

sitúa en condiciones de actuar sin tener excesivamente en cuenta sus competidores, compradores o proveedores.³⁵

La Audiencia entiende que el principio de libertad de empresa no justifica en ningún momento la actuación que ha llevado a cabo la entidad bancaria CAIXA, a la hora de la falta de renovación de los seguros de cambio, puesto que lo hace de una manera injustificada y arbitraria. Aquí podemos observar que la Audiencia impone un límite al principio de libertad de empresa, que sería la protección de la competencia en el mercado español.

En conclusión, el principio de libertad de empresa otorga un derecho a todos los agentes que actúan en el mercado, pero siempre y cuando lleve a cabo con el debido respeto a los demás agentes y no se valgan de ese derecho para poder llevar a cabo prácticas que entorpecen el normal funcionamiento del mercado.

La sentencia del Tribunal Constitucional 83/1984, de 24 de julio, (cuestión de inconstitucionalidad 80-1983), señala que el principio de libertad empresarial no reconoce el derecho a acometer ninguna empresa, sino el de iniciar y proseguir el ejercicio de la actividad empresarial siempre bajo la disciplina de las normas de distinto orden, como por ejemplo las contenidas en la LCD.³⁶

La siguiente cuestión suscitada del pronunciamiento de la Audiencia Provincial de Barcelona es la relativa a los seguros de cambio como un producto financiero complementario que en el presente caso es de necesaria utilización por arte de la entidad de pago para poder llevar a cabo su actividad empresarial en el mercado.

La Audiencia entiende a rasgos generales que el seguro de cambio es un producto financiero complementario, y que en la mayoría de los casos no es necesaria su contratación para poder llevar a cabo la actividad en el mercado, pero en este caso concreto, la sociedad TRANS FAST lo necesita, ya que necesita cubrir los riesgos de las operaciones que lleva a cabo con el exterior para poder funcionar correctamente en el mercado.

³⁵ Korah, V.: *Introducción al Derecho y práctica de la competencia en la C.E.E.*, Ariel Derecho, Barcelona, 1ªed, 1988, págs.200-205.

³⁶ BOE núm. 203, de 24/08/1984.

En lo relativo a los supuestos incrementos de las comisiones bancarias de la entidad de crédito a la sociedad de pago, hay que analizar si estamos ante un acto de competencia desleal o no. La Audiencia Provincial de Barcelona entendió en su fallo que no estamos ante un acto de competencia desleal ya que no se conocen las comisiones que se quieren aplicar.

Si bien es cierto que si el incremento de las comisiones bancarias se diese, estaríamos ante un supuesto de acto de competencia desleal debido a que se lleva a cabo sin justificación alguna y de manera arbitraria, ya que se entiende que se está entorpeciendo la actividad comercial de TRANS FAST.

En relación con lo expuesto, podríamos pensar en las acciones tipificadas en el art. 32 de la LCD, más concretamente en la acción declarativa de deslealtad; la cesación de la conducta desleal y prohibición de su reiteración futura; y el resarcimiento por daños y perjuicios causados por los actos desleales, como medio de protección para la sociedad TRANS FAST frente a las actuaciones que ha llevado a cabo la entidad de crédito.

V. CONCLUSIONES.

En primer lugar, he de decir que la empresa de hoy en día tiene más en cuenta a la sociedad, entendida en su conjunto, debido a las exigencias de la misma, esto es, la sociedad empuja a las empresas a ser más cuidadosas con el medio que les rodea, a incorporar en su grupo de interés a un gran número de sujetos que se ven afectados por la actividad de las mismas.

Esta incorporación de los grupos de interés, son los llamados *stakeholders*. Si una sociedad, hoy en día, decide hacer caso omiso a sus *stakeholders*, a largo plazo es muy posible, por no decir seguro, que no obtendrá beneficios.

En este punto nos encontramos con la pregunta clave ¿la Responsabilidad Social Corporativa es una actuación de la empresa encaminada a obtener beneficios, o realmente lleva a cabo esas actuaciones por preocupación de su entorno?

Lo que tenemos que tener claro es, como se ha dicho con anterioridad, que si una empresa no lleva a cabo actos de responsabilidad social corporativa con sus *stakeholders*, entrara en un futuro en pérdidas. Por este motivo, podemos entender que las actuaciones de RSC son actuaciones encaminadas a tener una buena imagen de la empresa de cara a la sociedad, llevándolas a cabo desde estrategias de *Marketing*.

Se entiende que una empresa que tiene buena imagen de cara a la sociedad, tendrá más beneficios que una empresa que sólo incluya en su grupo de interés a sus *shareholders*.

En segundo lugar, en lo relativo a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona objeto de estudio en este Trabajo de Fin de Grado, debemos destacar lo siguiente:

En primer lugar, en relación con la negativa a la renovación de los seguros de cambio, tenemos que entender que en este caso para la sociedad TRANS FAST es totalmente necesario, y que no había razón justificada por parte de la entidad bancaria CAIXA de negarles la renovación de los mismos.

Si bien es cierto que el contrato de seguro de cambio es un producto financiero complementario, para la sociedad TRANS FAST era totalmente necesario para llevar a cabo su actividad en el mercado, y al encontrarse con una negativa de la entidad bancaria a la renovación, sin justa causa, entorpece de manera muy significativa la actividad de la actora en primera instancia, creando una barrera de acceso al mercado.

Si la entidad bancaria hubiese llevado a cabo una correcta justificación del por qué se niegan a renovar los seguros de cambio, no estaríamos ante un acto de competencia desleal por obstaculización de la actividad de TRANS FAST, y en consecuencia, la Audiencia Provincial hubiera dado la razón a la entidad bancaria.

En segundo lugar, el fallo que realiza la Audiencia Provincial en relación con el incremento de las comisiones bancarias, es totalmente correcto puesto que no se había llevado a cabo ninguna actuación por parte de la entidad. Estamos hablando de un mero aviso en una reunión informal entre dos representantes de las respectivas sociedades. Si no sabemos cuál va a ser el incremento ni cuándo se va a producir, es decir, si no podemos determinar que se esté produciendo un acto de obstaculización a la actividad de TRANS FAST, no podemos hablar de un acto desleal.

Si por el contrario, la entidad bancaria hubiese llevado a cabo el incremento de las comisiones bancarias, de manera injustificada, sí que podríamos hablar de un acto de competencia desleal.

En conclusión, el principio de libertad de empresa otorga un derecho muy amplio a la hora de negociar las cláusulas de los contratos, pero hay un límite. Ese límite es el relativo a la protección del correcto funcionamiento del mercado.

Nuestra sociedad tiene derecho al principio de libertad empresarial recogido en el art. 38 de la CE, pero también tiene unas obligaciones que se derivan del mismo. No se pueden llevar a cabo actos desleales, como en este caso actos de obstaculización de la competencia, amparándose en la libertad de empresa.

Por todo esto el límite lo encontramos en la correcta interpretación del principio de libertad.

Personalmente la elaboración de este Trabajo de Fin de Grado me ha aportado una mayor comprensión acerca de cómo las empresas funcionan internamente y la importancia de adecuar sus actuaciones comerciales a la sociedad.

También he de destacar, en lo relativo a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 28 de septiembre de 2017, que estoy de acuerdo con el fallo emitido por la Audiencia, ya que entiendo que el seguro de cambio era totalmente necesario para la actividad mercantil de TRANS FAST, y que el supuesto incremento de las comisiones bancarias es un mero aviso y no se llega a efectuar.

Por todo ello, la elaboración de este Trabajo de Fin de Grado me ha sido de gran utilidad para en un futuro ahondar más en este tema.

VI. ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO.

- CIDONCHA MARTÍN, A. *La libertad de empresa*, Thomson-Civitas, Madrid, 1ªedición, 2006, págs. 153-155.
- DÍEZ-PICAZO, L. *Derecho y masificación social: Tecnología y derecho privado: dos esbozos*; Civitas, 1ªed. 1979, págs. 42-44.
- FRIEDMAN MILTON: ``The social responsibility os business is to increase its profits`` The New York Times Magazine, 13 de septiembre de 1970, págs. 32-33.
- GARCÍA ECHEVARRÍA, S. *Introducción a la economía de la empresa*, Díaz de Santos, Madrid, 1ªedición, 1994.
- GARRIGUES DÍES-CAÑABATE, J. *Contratos bancarios*, Imprenta Aguirre, Madrid, 2ªed, 1975, págs. 113-209.
- KORAH, V. *Introducción al Derecho y práctica de la competencia en la C.E.E.*; Ariel Derecho, Barcelona, 1ªed. 1988, págs. 200-205.
- LÓPEZ GARRIDO, D. ``Apuntes para un estudio sobre la Constitución Económica`` *Revista del Centro de Estudios constitucionales*, nº15, 1993, págs. 79-96.
- MONEVA ABADÍA, J.M; LIZCANO ÁLVAREZ, J.L. ``Marco conceptual de la responsabilidad social corporativa``, *AECA: Revista de la Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas*, nº68, 2004, págs. 31-36.
- PORFIRIO CARPIO, L.J. *La discriminación de consumidores como acto de competencia desleal*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1 ed. págs. 154-155.

- SALAS FUMÁS, V. ``¿Sustituye la responsabilidad social al buen gobierno de la empresa?'' *Economistas*, nº23, nº106, 2005, págs. 4-12.
- SUÑOL LUCERA, A. ``La aplicación de la cláusula general prohibitiva de actos de competencia desleal a los actos de obstaculización: (a propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 5 de octubre de 2001)'', *Aranzadi civil: revista quincenal*, nº2, 2003, págs. 1943-1966.
- TATO PLAZA, A.; FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P; HERRERA PETRUS, C. *La reforma de la ley de competencia desleal*, La Ley, Madrid, 1ªed. 2010, págs. 61-79.
- The American Marketing Association: ``Perspectives on its implications for scholarship and the role and responsibility of Marketing in society'', 2004.
- VACA ACOSTA, R.M.; MORENO DOMÍNGUEZ, M.J.; RIQUEL LIGERO, F. ``Análisis de la responsabilidad social corporativa desde tres enfoques: stakeholders, capital intelectual y teoría institucional''. *Conocimiento, innovación y emprendedores; camino hacia el futuro*, 2007.
- VIERA ÁLVAREZ, C. ``La libertad de empresa y algunos límites desde la perspectiva del estado social'', *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, nº21, 2010, págs. 197-224.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CONSULTADAS.

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 19 de diciembre de 1995; ROJ: STS 10752/1995.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 23 de mayo de 2018; ROJ: STS 1909/2018, resolución nº 294/2018, de recurso 2069/2017.
- Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 15ª), de 6 de junio de 2016, ROJ: AAPB 1333/296, auto nº 94/2016, rollo núm. 36/2016-3ª.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 15ª), de 28 de septiembre de 2017, ROJ: SAB B 6298/2017, sentencia nº 387/2017, rollo núm. 426/2016-2ª.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 15 de abril de 1998, ROJ: 1998/2053.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 29 de febrero de 2012, ROJ: STS 1580/2012, resolución nº 75/2012, núm. de recurso 575/2009.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 15ª), de 28 de noviembre de 2008, ROJ: SAB B 11507/2008, nº resolución 435/2008, núm. de recurso 43/2008.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 83/1984, de 24 de julio. BOE núm. 203, de 24/08/1984.

VIII. ÍNDICE NORMATIVO.

- Constitución del Imperio (Reich) Alemán, de 11 de agosto de 1919.
- Constitución Española, de 29 de diciembre de 1978. BOE núm. 311, de 29/12/1978.
- Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se aprueba el Código de Comercio. GACETA DE MADRID núm. 289, de 16/10/1885.
- Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación. BOE núm. 89, de 14/04/1998.
- Ley 16/2001, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo. BOE núm. 155, de 25/06/2011.
- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. BOE núm. 287, de 30/11/2007.

- Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil. BOE núm. 206, de 25/07/1889.
- Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de Servicios de Pago. BOE núm. 275, de 14/11/2009.
- Real Decreto 2660/1998, de 14 de diciembre, sobre el cambio de moneda extranjera en establecimientos abiertos al público distintos de las entidades de crédito. BOE núm. 299, de 15/12/1998.
- Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. BOE núm. 10, de 11/01/1991.
- Orden EHA 2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. BOE núm. 261, de 29/10/2011.
- Directiva de la UE 2015/2366, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre servicios de pago en el mercado interior.
- Directiva 2015/2366, del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015, sobre servicios de pago en el mercado interior. (DOUE 23 de diciembre de 2015).

