

Asunto C-298/22

Petición de decisión prejudicial

Fecha de presentación:

4 de mayo de 2022

Órgano jurisdiccional remitente:

Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (Tribunal de Competencia, Regulación y Supervisión, Portugal)

Fecha de la resolución de remisión:

3 de mayo de 2022

Parte demandante:

Banco BPN/BIC Português, SA

Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA — Sucursal em Portugal

Banco Português de Investimento, SA (BPI)

Banco Espírito Santo, SA (en liquidación)

Banco Santander Totta, SA

Barclays Bank Plc

Caixa Económica Montepio Geral — Caixa Económica Bancária, SA

Caixa Geral de Depósitos, SA

União de Creditos Imobiliarios, SA — Estabelecimento Financeiro de Crédito SOC

Caixa Central de Crédito Agrícola Mútuo, CRL

Banco Comercial Português, SA

Parte demandada:

Autoridade da Concorrência (Autoridad de Defensa de la Competencia)

Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

(Tribunal de Competencia, Regulación y Supervisión)

Sala Primera — J1

[*omissis*] [direcciones del órgano jurisdiccional nacional y del TJUE]

Referencia: 353845 Recurso (Procedimiento sancionador)
225/15.4YUSTR-W

Parte demandada: Autoridade da Concorrência (Autoridad de Defensa de la Competencia)

Parte demandante: Banco BIC Português, SA y otros

Fecha: 3 de mayo de 2022

Asunto: Petición de decisión prejudicial con solicitud de aplicación del procedimiento acelerado (artículo 105 del Reglamento del TJUE)

Se solicita al Tribunal de Justicia de la Unión Europea que se pronuncie sobre la presente petición de decisión prejudicial, resolviendo las cuestiones prejudiciales que se formulan, con arreglo al artículo 267, letra a), del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y al artículo 19, apartado 3, letra b), del Tratado de la Unión Europea, en los siguientes términos:

Identificación de las partes

[*omissis*] [identificación de los representantes de las demandantes y de la demandada]

PETICIÓN DE DECISIÓN PREJUDICIAL

I. Objeto del litigio y hechos pertinentes

En el presente procedimiento sancionador, la Autoridad de Defensa de la Competencia imputó a cada una de las entidades afectadas una infracción administrativa prevista y sancionada por los artículos 9 de la Lei da Concorrência (Ley de Competencia) ¹ (artículo 4 de la Ley n.º 18/2003, en su versión anterior) y

¹ Artículo 9.

Acuerdos, prácticas concertadas y decisiones de asociaciones de empresas.

101 TFUE, así como 68 y 69 de dicho texto, e impuso a cada una de ellas una multa que no excedía del 10 % del volumen de negocio realizado en el ejercicio inmediatamente anterior a la resolución administrativa definitiva.

Al no estar conformes con la resolución condenatoria, las demandantes interpusieron recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, tribunal con plena jurisdicción y que celebró una vista respetando los principios de inmediatez, contradicción y publicidad.²

Tanto a petición de todas las partes procesales como de oficio, se ordenó el examen de testigos, se practicó prueba documental y se tomó declaración a los representantes legales de las demandadas que así lo desearon, así como a autores de *estudios económicos*.

Se formularon observaciones orales finales, y el tribunal se pronunció con carácter definitivo sobre los hechos que consideró probados o no probados [artículo 75, apartado 1, del Regime Geral das Contra-ordenações (Régimen general de infracciones administrativas; en lo sucesivo, «RGCO»)].

Una vez practicada la prueba y tras los debates pertinentes mantenidos durante la vista, **se consideró probado que:**

I - Quedarán prohibidos los acuerdos entre empresas, las prácticas concertadas entre empresas y las decisiones de asociaciones de empresas que tengan por objeto o efecto impedir, falsear o restringir de forma apreciable el juego de la competencia en todo o en parte del mercado nacional, en particular, los que consistan en:

- a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;
- b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;
- c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;
- d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a estos una desventaja competitiva;
- e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos;
- f) establecer, en el marco del suministro de bienes o servicios de alojamiento en complejos turísticos o establecimientos de alojamiento local, que la otra parte contratante o cualquier otra entidad no pueda ofrecer, mediante plataforma electrónica o en un establecimiento situado en un espacio físico, precios u otras condiciones de venta del mismo bien o servicio que sean más ventajosas que los practicados por el intermediario que actúe mediante plataforma electrónica.

2 - Excepto en los casos en que se consideren justificados, en los términos que se exponen en el artículo siguiente, serán nulos los acuerdos entre empresas y las decisiones de asociaciones de empresas prohibidos por el apartado anterior.

² [omissis]. [procedimiento]

Naturaleza de la información intercambiada

Las demandantes participaron en un intercambio de información, en el marco de los préstamos hipotecarios y de los créditos al consumo y a las empresas, sobre i) condiciones comerciales, actuales y futuras [cuadros completos de diferenciales (*spread*), capacidad de endeudamiento y variables de riesgo) que no se encontraban, con el grado de exactitud y sistematización intercambiado, en el dominio público en el momento del intercambio, y, ii) valores mensuales de producción de cada banco, información desagregada relativa al crédito concedido en euros, correspondiente al mes anterior, de naturaleza no pública y que no se encontrada disponible en otra fuente de modo desagregado ni en el momento del intercambio ni en un momento posterior.

Las condiciones comerciales a que se refiere el párrafo anterior y que intercambiaron las recurrentes se referían a informaciones actuales y futuras.

Forma de coordinación

Por lo que se refiere a su forma y duración, el intercambio de información tuvo lugar entre mayo de 2002 y marzo de 2013, siguiendo un *modus operandi* definido (utilizando comunicaciones por teléfono o correo electrónico), con carácter bilateral o multilateral, mediante contactos institucionalizados efectuados por puntos de contacto estables, con conocimiento de la jerarquía y reciprocidad.

Objetivo

El intercambio de información proporcionó a las demandantes información detallada, sistematizada, actualizada y rigurosa sobre la oferta de los competidores, reduciendo la incertidumbre asociada al comportamiento estratégico del competidor, así como el riesgo de presión comercial, y facilitando la alineación a través de una coordinación informal.

El intercambio aumentó de forma ficticia la transparencia del mercado, produciéndose una importante diferencia entre la inteligibilidad, sistematización y simplicidad empleadas por las entidades afectadas en el tratamiento de la información intercambiada con los competidores y la manera parcial, compleja y dispersa en que esta misma información se sacó al mercado y se puso a disposición del consumidor.

Contexto jurídico y económico

Las demandantes son entidades de crédito, *empresas cuya actividad consiste en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia*, sujetas a normas específicas en relación con el acceso y el ejercicio de la actividad bancaria (normas prudenciales) y con su conducta en el mercado (normas de conducta).

El Banco de Portugal, en cooperación con el Banco Central Europeo, es el encargado de realizar la supervisión prudencial y de la conducta de las entidades de crédito.

Si bien eran treinta las entidades de crédito que operaban en Portugal, en 2013 cerca del 78 % del conjunto de los activos bancarios de todo el sector nacional estaba concentrado en las cinco mayores entidades de crédito que operan en el territorio nacionales, las demandantes CGD, BCP, BES, BPI y Santander.

El índice C4, que pone de relieve la importancia de las cuatro mayores entidades de crédito, en términos de activos totales, corresponde a más de la mitad de la totalidad del mercado, y es igual al 69 %. El índice C5 supera el umbral del 75 %, y corresponde aproximadamente al 78 % del sistema bancario nacional.

Considerando a la sexta mayor entidad de crédito, la demandante Caixa Económica Montepio Geral, el índice C6 alcanza un grado de concentración del 83 %.

El indicador de actividad y el activo de las entidades de crédito refleja que las seis mayores entidades de crédito que operan en el territorio nacional controlaban más del 80 % del total de los activos del sistema bancario nacional.³

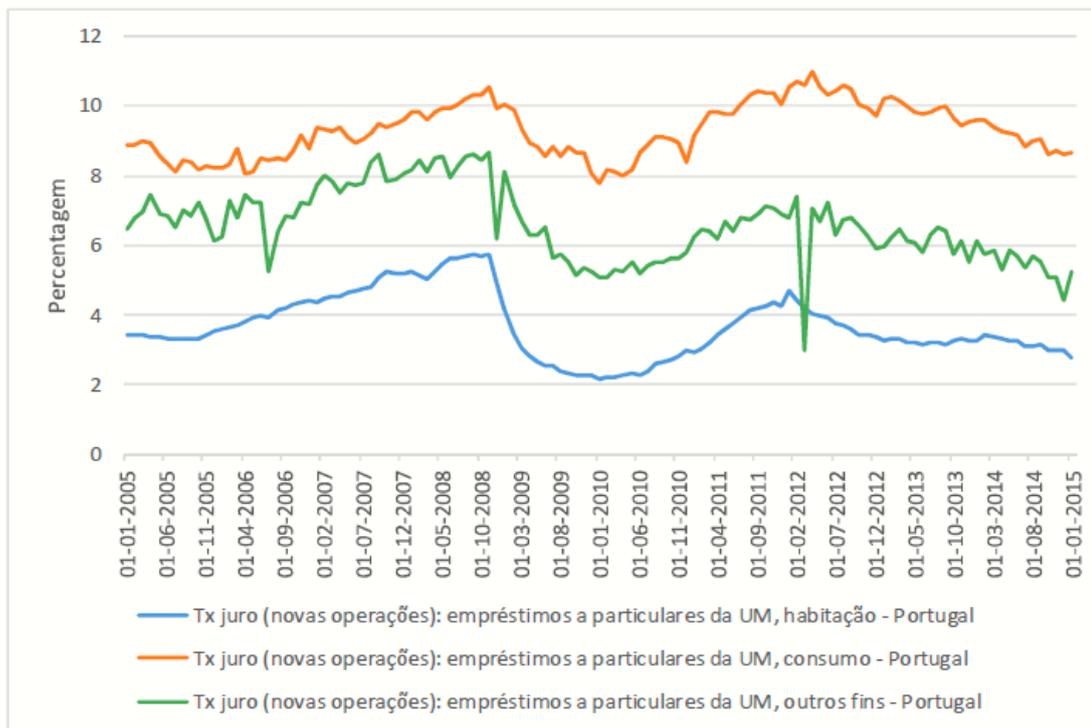
Figura I: Evolución de los tipos de interés sobre nuevas operaciones de préstamos hipotecarios y créditos al consumo y otros fines, concedidos por otras instituciones financieras monetarias⁴ residentes en Portugal, a particulares residentes en la zona euro, en el período comprendido entre enero de 2005 y enero de 2015.⁵

³ En el estudio *Mobilidade no Setor da Banca a Retalho em Portugal*, Autoridade da Concorrência, Banco de Portugal, diciembre de 2009, se declaró que existían barreras a la movilidad de los clientes de cuentas corrientes, a saber, costes de investigación, de transacción y costes burocráticos vinculados al cierre y a la apertura de cuenta.

En el mismo estudio se concluyó que, en los años 2003, 2006 y 2007, se produjo un número muy reducido de transferencias de contratos antiguos de préstamos hipotecarios entre bancos nacionales, en particular, solo dos transferencias por cada cien contratos de préstamo hipotecario, si bien la medida de la UE-27 son catorce transferencias por cada cien contratos.

⁴ El subsector de las demás instituciones financieras monetarias está constituido por bancos, cajas de ahorro, bancos de crédito agrícola y fondos del mercado inmobiliario.

⁵ Fuente: Autoridade da Concorrência sobre la base de los datos del Banco de Portugal sobre tipos de interés sobre nuevas operaciones de préstamos hipotecarios y créditos al consumo y otros fines, concedidos por otras instituciones financieras monetarias, residentes en Portugal, a particulares residentes en la zona euro.



Cada entidade de crédito asigna livremente un diferencial a cada contrato, teniendo en cuenta, en particular, la ratio entre el valor del préstamo y el valor del inmueble (*Loan-to-Value* o LTV) que se vaya a adquirir/construir y el riesgo de crédito del cliente. Dependiendo de la estrategia comercial de la entidad de crédito, el diferencial podrá reducirse como contrapartida de la adquisición —opcional— de otros productos (ventas asociadas).⁶

El préstamo hipotecario ha sido un producto de gran importancia para la banca portuguesa, dado que su peso es muy significativo en el total del crédito concedido a los particulares (en la última década, representa aproximadamente el 89 % de las soluciones de financiación a particulares).⁷

En sentido contrario a la evolución del euríbor, los diferenciales aplicados por las entidades financieras a las nuevas operaciones de préstamo hipotecario registraron un fuerte aumento a partir de mediados de 2008.

La brusca caída del euríbor se vio acompañada de un aumento sostenido de los diferenciales medios, que atenuó la reducción de los tipos de interés que resultaría de tal caída.

⁶ *Idem.*

⁷ Véanse las *Estatísticas Monetárias e Financeiras* del Banco de Portugal, 2015, tabla B.4.1.4, disponibles en <https://www.bportugal.pt/publications/banco-de-portugal/2015/123> y <https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexos/pdf-boletim/bedez15.pdf>, consultadas el 4 de septiembre de 2019, en los fls. 88060 a 88106v.

El volumen de los préstamos hipotecarios concedidos a particulares disminuyó desde finales de 2010 hasta, al menos, diciembre de 2014.

Durante los años 2010 y 2011, los tipos de interés del crédito al consumo volvieron a aumentar, en paralelo a un aumento brusco y sostenido de los diferenciales, superando, a comienzos de 2012, el máximo alcanzado en 2008.

En 2012, los tipos de interés iniciaron una tendencia descendente, que reflejaba la estabilización de los diferenciales (aunque a niveles superiores de los registrados en el período anterior a 2012) y la caída del euríbor.

El intercambio de información sobre diferenciales se produjo de forma más intensa en el contexto de una caída brusca del euríbor, observada entre 2008 y 2010, con el consiguiente descenso de los tipos de interés. Tras esta caída del euríbor se registró un importante aumento generalizado de los valores de los diferenciales aplicados por las entidades afectadas, lo que trajo consigo una subida de los tipos de interés, de modo que esta subida de los diferenciales permitió mitigar la caída del euríbor.

Las entidades afectadas intercambiaron regularmente, entre 2002 y 2013, información estratégica de naturaleza no pública o de difícil acceso o sistematización, de modo desagregado e individualizado por empresa, en relación con datos actuales o futuros.

Entre la información intercambiada se hacía referencia a la intención de cambiar el comportamiento estratégico en el futuro próximo o las condiciones vigentes, información que podía ser utilizada en la definición de la estrategia comercial de las entidades afectadas.

Dicha información era distinta de la información facilitada por las entidades de crédito en cumplimiento de sus obligaciones de información y transparencia relativas a la publicidad de sus productos y servicios financieros,⁸ así como en cumplimiento de sus obligaciones mínimas de información en la negociación, celebración y vigencia de contratos de crédito⁹ y en la constitución y vigencia de depósitos.¹⁰

Las obligaciones reglamentarias vigentes en materia de concesión de préstamos hipotecarios, en particular la obligación de proporcionar una *ficha de información normalizada* («FIN», más adelante «FINE»), con información detallada sobre las

⁸ Véase el Dictamen n.º 10/2008 del Banco de Portugal.

⁹ Véanse el Dictamen n.º 10/2010 del Banco de Portugal sobre los contratos de préstamo hipotecario y crédito conexo; el Dictamen n.º 16/2012 del Banco de Portugal sobre los contratos garantizados con hipoteca o por otro derecho sobre un bien inmueble, y la Instrucción 12/2013 sobre los contratos de crédito al consumo.

¹⁰ Véanse, el Dictamen n.º 4/2009 para los depósitos simples y el Dictamen n.º 5/2009 para los depósitos estructurados y duales.

condiciones del contrato de préstamo (tasa anual equivalente, tipo de interés nominal y otras cargas, como comisiones, seguros y gastos), su vencimiento y los valores de las prestaciones sobre la base del escenario actual y del escenario con el máximo registrado por el euríbor en los últimos veinte años, no permiten establecer una comparación ni trazar un paralelismo con el análisis comparativo entre las distintas ofertas de los bancos competidores, que se intercambiaba entre las entidades afectadas.

El ámbito de actuación de las entidades afectadas abarca todo el territorio nacional y puede obstaculizar la entrada de nuevas empresas establecidas en otros Estados miembros, en particular por lo que se refiere al mercado de la banca minorista.

El intercambio de información de naturaleza comercial realizado entre las demandantes tenía lugar en *circuito cerrado*, por lo que una empresa que quisiera entrar en el mercado, al no estar incluida en dicho circuito, se enfrentaba a una desventaja informativa.

El intercambio de información incluía tanto a clientes residentes como no residentes.

El intercambio de información contribuyó al aislamiento del mercado nacional, reforzando las barreras nacionales y dificultando la penetración económica.

Efectos ambivalentes/favorables a la competencia

En los autos y en la vista celebrada en el presente asunto, que tiene por objeto un recurso de plena jurisdicción, **no han quedado demostrados ni identificados** i) mayor eficacia generada por el acuerdo (nexo de causalidad); ii) la repercusión de esa supuesta mayor eficacia en el bienestar de los consumidores, ni iii) el carácter indispensable de las restricciones de la competencia.

No se demostró ni identificó una mayor eficacia que pudiera generar un efecto global positivo en el bienestar de los consumidores, traducida en precios más bajos, una mayor calidad o diversidad de la oferta o un aumento de la innovación.

El intercambio de información tenía por objeto información de naturaleza comercial, y no se trataba de una práctica de evaluación comparativa (*benchmarking*), que pretende determinar los costes de producción que, al poder suprimirse, pueden contribuir a la reducción del precio presentado al cliente.

El contenido de la información concretamente intercambiada no era apto para prevenir o solucionar el problema de la *selección adversa*, dado que no tenía relación con el perfil de riesgo individual de cada cliente (comportamiento bancario, situación patrimonial, incumplimiento de los pagos de las cuotas del préstamo), sino que se refería a diferenciales y volúmenes de producción de crédito sin desagregación o conexión por cliente individual.

No se identificaron efectos favorables para la competencia resultantes de dicho intercambio para el consumidor en materia de transparencia.

2. Disposiciones legales pertinentes

Artículo 101 TFUE (antiguo artículo 81 TCE).

Artículo 9 de la Ley de Competencia (artículo 4 de la Ley n.º 18/2003).

3. Fundamentación de la petición de decisión prejudicial

En el presente asunto resulta controvertida la calificación jurídica de los hechos como restricción de la competencia *por el objeto*.

Las recurrentes se oponen a esa calificación, dado que consideran que el intercambio de información no presenta un *grado suficiente* de nocividad para limitar la competencia.

La naturaleza de la información intercambiada (de carácter sensible y estratégico), la duración del intercambio (de 2002 a 2013) y el grado relativamente concentrado del mercado (seis bancos representan más del 80 %) y la idoneidad de las variables comerciales intercambiadas (**precios, actuales y futuros, y volúmenes de producción**) apuntan en el sentido de que el intercambio se llevó a cabo a fin de reducir la presión comercial y la incertidumbre asociada al comportamiento estratégico de un competidor, dando lugar a una coordinación informal que limitó la competencia.

No obstante, la circunstancia de que, tras consultar la jurisprudencia del TJUE sobre los conceptos de restricción de la competencia *por el objeto* y *por el efecto*, no se haya encontrado en dicha jurisprudencia un *precedente* en materia de intercambio de información independiente, ni un elemento directo que pueda servir para resolver la situación *sub iudice* (coordinación informal entre entidades bancarias que, a través de un intercambio de información, obtienen una cooperación práctica entre ellas), hace que la presente petición de decisión prejudicial resulte pertinente.¹¹

Las demandantes han solicitado desde el inicio de la fase judicial del procedimiento el planteamiento de una petición de decisión prejudicial; sin embargo, se consideró que la operatividad de dicha petición requería el mantenimiento de un debate durante la vista y, en particular, que se determinaran los hechos probados y no probados, siendo esta última parte relevante en la

¹¹ Véanse las sentencias de 2 de abril de 2020, Budapest Bank y otros, C-228/18, EU:C:2020:265; de 11 de septiembre de 2014, CB/Comisión, C-67/13 P, EU:C:2014:2204; de 4 de junio de 2009, T-Mobile Netherlands y otros, C-8/08, EU:C:2009:343, y de 2 de febrero de 2022, Scania y otros/Comisión, T-799/17, EU:T:2022:48.

medida en que se refiere, en gran medida, a los efectos ambivalentes o favorables a la competencia supuestamente resultantes del intercambio, pero que no se demostraron en el juicio.

4. Solicitud de aplicación del procedimiento acelerado (artículo 105): riesgo de prescripción

El 8 de abril de 2022, se atribuyó naturaleza urgente al procedimiento sancionador que subyace a la presente remisión prejudicial, por riesgo **inminente** de prescripción.

De acuerdo con la apreciación preliminar relativa al término del plazo de prescripción, la prescripción de los hechos controvertidos tendrá lugar el **30 de marzo de 2023**, sin perjuicio de los motivos de suspensión y de interrupción que deban examinar en concreto.

Además de la presente remisión prejudicial, deben tenerse en cuenta las siguientes fases del presente asunto: pronunciamiento de la sentencia por el Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (primera instancia) con aplicación de la ley a los hechos del asunto; recurso de apelación ante el Tribunal da Relação de Lisboa (Audiencia de Lisboa, Portugal) (segunda instancia) y recurso ante el Tribunal Constitucional.

Aunque se considera que la presente remisión, que implica la suspensión del procedimiento, constituye un motivo de suspensión de la prescripción en curso [en virtud del artículo 27.º-A, apartado 1, letra a), del RGCO], la prescripción ya constituye en esta fase un punto de controversia en el presente asunto, y se prevé que las partes aleguen que la presente remisión no constituye un motivo de suspensión de la prescripción en curso, lo que plantea más cuestiones controvertidas que deberán ser dirimidas posteriormente bien por este tribunal, bien por los tribunales de instancias superiores.

Por otro lado, los hechos tuvieron lugar entre 2002 y 2013, por lo que concurren **razones generales y particulares de prevención para que sea necesario que el asunto se resuelva en un plazo muy corto** (los hechos fueron vistos y juzgados, en primera instancia, entre el 6 de octubre de 2021 y el 28 de abril de 2022). Además, la **exigüedad** de las cuestiones prejudiciales planteadas, aclaradas por la dinámica de la vista, que prestó una atención particular a los hechos probados y a los **hechos no probados**, contribuye, salvo indicación contraria, a que sea posible obtener una respuesta sin demora del TJUE.

5. Cuestiones prejudiciales

«1. *¿Se opone el artículo 101 TFUE (antiguo artículo 81 TCE) a que sea calificado de restricción de la competencia por el objeto un exhaustivo intercambio mensual de información entre competidores referente a*

condiciones comerciales (por ejemplo, diferenciales y variables de riesgo actuales y futuros) y valores de producción (mensuales, individualizados y desagregados), en materia de oferta de préstamos hipotecarios y créditos al consumo y a las empresas, efectuado de modo regular y de manera recíproca, en el sector de la banca minorista, en un mercado concentrado y con barreras a la entrada, que de ese modo aumentó artificialmente la transparencia y redujo la incertidumbre asociada al comportamiento estratégico de los competidores?

II. En caso afirmativo, ¿se opone dicha disposición a tal calificación cuando no se hayan demostrado ni identificado una mayor eficacia o efectos ambivalentes o favorables a la competencia resultantes de ese intercambio de información?»

[omissis] [cuestiones de naturaleza formal] [omissis] [repetición de la solicitud de aplicación del procedimiento acelerado y fundamentos de la misma] [omissis] [Fórmula de cortesía],

Mariana Gomes Machado

Jueza

DOCUMENTO DE TRABAJO