

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Sexta)

de 21 de enero de 1999 *

En los asuntos acumulados C-215/96 y C-216/96,

que tienen por objeto dos peticiones dirigidas al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 177 del Tratado CE, por el Tribunale di Genova (Italia), destinadas a obtener, en los litigios pendientes ante dicho órgano jurisdiccional entre

Carlo Bagnasco y otros

y

Banca Popolare di Novara soc. coop. arl (BPN) (asunto C-215/96),

Cassa di Risparmio di Genova e Imperia SpA (Carige) (asunto C-216/96),

una decisión prejudicial sobre la interpretación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE respecto a determinadas condiciones bancarias uniformes impuestas por la Associazione Bancaria Italiana a sus miembros para la celebración de contratos relativos a la apertura de crédito en cuenta corriente y al afianzamiento general,

* Lengua de procedimiento: italiano.

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Sexta),

integrado por los Sres.: G. Hirsch (Ponente), Presidente de la Sala Segunda, en función de Presidente de la Sala Sexta; G. F. Mancini, J. L. Murray, H. Ragnemalm y K. M. Ioannou, Jueces;

Abogado General: Sr. D. Ruiz-Jarabo Colomer;

Secretario: Sr. R. Grass;

consideradas las observaciones escritas presentadas:

- En nombre del Sr. Bagnasco y otros, por la Sra. Anna Collivadino, Abogada de Génova;
- en nombre de la Banca Popolare di Novara soc. coop. arl (BPN), por el Sr. Giacomo Traverso, Abogado de Génova;
- en nombre de la Cassa di Risparmio di Genova e Imperia SpA (Carige), por la Sra. Laura Granata, Abogada de Génova;
- en nombre del Gobierno italiano, por el Profesor Umberto Leanza, Jefe del servizio del contenzioso diplomatico del ministero degli Affari esteri, en calidad de Agente, asistido por el Sr. Oscar Fiumara, avvocato dello Stato;
- en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por la Sra. Fabiola Mascardi y el Sr. Wouter Wils, miembros del Servicio Jurídico, en calidad de Agentes;

visto el informe del Juez Ponente;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 15 de enero de 1998;

dicta la siguiente

Sentencia

- 1 Mediante dos resoluciones de 15 de mayo de 1996, recibidas en el Tribunal de Justicia el 21 de junio siguiente, el Tribunale di Genova planteó, con arreglo al artículo 177 del Tratado CE, cuatro cuestiones prejudiciales sobre la interpretación de los artículos 85 y 86 del mismo Tratado en relación con determinadas condiciones bancarias uniformes («Norme bancarie uniformi»; en lo sucesivo, «NBU») impuestas por la Associazione Bancaria Italiana (en lo sucesivo, «ABI») a sus miembros para la celebración de contratos relativos a la apertura de crédito en cuenta corriente y al afianzamiento general.
- 2 Dichas cuestiones se suscitaron en el marco de dos litigios entre, en el asunto C-215/96, el Sr. Bagnasco y otros y la Banca Popolare di Novara soc. coop. arl (en lo sucesivo, «BPN») y, en el asunto C-216/96, el Sr. Bagnasco y otros y la Cassa di Risparmio di Genova e Imperia SpA (en lo sucesivo, «Carige») acerca de la devolución de créditos concedidos por estas entidades bancarias.
- 3 Los demandantes en el litigio principal, Sr. Bagnasco, como deudor principal, y sus fiadores, como codeudores solidarios, interpusieron recurso contra dos órdenes judiciales de pago de fecha 1 de junio de 1992 —provisionalmente ejecutivas— por las que el Presidente del Tribunale di Genova los había conminado, a instancia, respectivamente, de BPN y de Carige, a pagar,

en favor de BPN, la suma de 222.440.332 LIT por los siguientes conceptos:

- 170.440.332 LIT por el saldo deudor de una cuenta corriente de la que es titular el Sr. Bagnasco, en virtud de un contrato celebrado el 8 de octubre de 1991, más los intereses al tipo del 17 %, devengados a partir del 1 de abril de 1992;
- 9.400.000 LIT por el saldo deudor de una cuenta corriente de la que es titular el Sr. Bagnasco, en virtud de un contrato celebrado el 27 de diciembre de 1991, más los intereses al tipo del 17,50 %, devengados a partir del 1 de abril de 1992;
- 21.600.000 LIT correspondientes al importe de cuatro valores cambiarios descontados en su momento por BPN y emitidos por la empresa individual Fidaurum, del Sr. Bagnasco, suma por la cual cada uno de los demás demandantes del litigio principal había dado su aval, el 22 de enero de 1992, por un importe de 5.400.000 LIT, más los intereses al tipo legal del 10 %, devengados a partir del 22 de mayo de 1992, y
- 21.000.000 de LIT por efectos a cargo de la Sra. Sbardella, descontados y abonados en cuenta corriente, «salvo buen fin», como resulta de las facturas firmadas por el Sr. Bagnasco, y por la constitución en prenda, siempre a cargo de la Sra. Sbardella, de efectos descontados por el Sr. Bagnasco, los cuales son adeudados por la persona cuyos efectos han sido protestados, de modo que, con arreglo a las disposiciones del contrato, esta última igualmente pierde sus derechos en lo que respecta a los efectos no vencidos; a dicha cantidad se le suman los intereses al tipo del 15 % a partir de la fecha de la orden judicial de pago;

y, en favor de Carige, la suma de 124.119.497 LIT por los siguientes conceptos:

- 48.798.664 LIT por el saldo deudor de la cuenta corriente de la que es titular el Sr. Bagnasco, en virtud de un contrato celebrado el 28 de agosto de 1989, más los intereses, al tipo del 17,50 %, devengados a partir del 11 de junio de 1992;

— 75.320.833 LIT, más los intereses al tipo del 15 %, devengados a partir del 11 de junio de 1992, correspondientes a una «subvención bancaria» de 95.000.000 de LIT, convenida el 12 de noviembre de 1991, por la que el Sr. Bagnasco había emitido diecinueve pagarés cambiarios.

- 4 La orden de pago judicial contra los demandantes del litigio principal, que son codeudores solidarios, se obtuvo en virtud del aval prestado sobre los valores cambiarios y del «afianzamiento general» (*fideiussione omnibus*), suscrito hasta un máximo de 300.000.000 de LIT (asunto C-215/96) y de 195.000.000 de LIT (asunto C-216/96).
- 5 Dichos demandantes del litigio principal solicitaron al órgano jurisdiccional remitente que declarara la invalidez y/o la ineficacia de las órdenes de pago controvertidas o —con carácter subsidiario— que determinara el importe efectivamente adeudado a ambos bancos. Alegan, en particular, la incompatibilidad con los artículos 85 y 86 del Tratado de las NBU, en las que los demandados del litigio principal fundan sus pretensiones.
- 6 Según el Tribunale di Genova, es pacífico que los artículos 85 y 86 del Tratado confieren a los particulares derechos que éstos pueden invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales. Asimismo, las NBU, impuestas por la ABI a los bancos asociados y aplicadas *ex recepto* por la totalidad de los bancos italianos en sus relaciones con la clientela, constituyen un acuerdo y, en particular, una decisión de asociación de empresas, en el sentido del apartado 1 del artículo 85 del Tratado.
- 7 No obstante, el órgano jurisdiccional remitente estima que determinadas cláusulas de los contratos relativos a la apertura de crédito en cuenta corriente y al afianzamiento general plantean el problema de su compatibilidad con las disposiciones de los artículos 85 y 86 del Tratado.

- 8 Por lo que se refiere a los contratos de apertura de crédito en cuenta corriente, dicho órgano jurisdiccional hace constar que los contratos celebrados por el Sr. Bagnasco con BPN estipulan, en el apartado 2, la aplicación de un tipo de interés anual del 17 % y del 17,5 %, más una comisión del 0,125 % sobre el saldo deudor máximo por cada trimestre natural o fracción de trimestre.
- 9 Por otra parte, dicho apartado 2 prevé que «los tipos de interés [...] podrán aumentarse o reducirse en función de las variaciones acaecidas en el mercado monetario». El apartado 12 del contrato establece que «el banco tiene la facultad de variar en cualquier momento los tipos de interés [...] mediante anuncio que expondrá en los locales de sus oficinas o en la forma que considere más oportuna». Tales cláusulas, tomadas del contrato tipo de la ABI, figuran asimismo en el contrato firmado por el Sr. Bagnasco con Carige.
- 10 Según el órgano jurisdiccional remitente, sólo la determinación inicial del tipo adeudado corresponde a una negociación directa entre las partes, puesto que el posterior aumento del tipo de interés como consecuencia de las modificaciones producidas en el mercado monetario no es previsible para el cliente medio del banco o, en todo caso, lo es difícilmente. De este modo, se refuerza la facultad del banco de decidir en qué momento se efectúan las modificaciones de dicho tipo y las modalidades de su comunicación a los clientes.
- 11 En lo que respecta al afianzamiento general, el Tribunale di Genova observa que las cláusulas pertinentes que figuran en el contrato tipo de la ABI y en los que son objeto de los presentes asuntos se refieren:

— a la asunción del afianzamiento «al mismo tipo de interés previsto para la operación garantizada y, en todo caso, a un tipo no inferior al corriente bancario», «para el cumplimiento de cualquier obligación frente al banco, derivada de operaciones bancarias de cualquier tipo, consentidas o que se consentirán en el futuro al titular (o a quien le suceda)»; el afianzamiento asegura además «cualquier otra obligación que el deudor principal tuviere en cualquier momento frente al banco en relación con garantías ya prestadas o que serán prestadas por

el mismo deudor a favor del banco en interés de terceros» (desencadenándose de tal manera el mecanismo del «afianzamiento del afianzamiento», que puede alcanzar una extensión subjetiva prácticamente ilimitada e incontrolable);

- en el apartado 5, a la obligación del fiador de mantenerse al corriente de la situación patrimonial del deudor y, en particular, de pedir a éste que le informe del desarrollo de sus relaciones con el banco, el cual queda dispensado de pedir al fiador la autorización especial prevista en el artículo 1956 del Código Civil, que establece: «El fiador de una operación futura quedará dispensado de su obligación si el acreedor, sin autorización especial del fiador, concede un crédito a un tercero, aun a sabiendas de que la situación patrimonial de éste es tal que dificultará en gran medida el pago del crédito»;

- en el apartado 6, a la dispensa que el fiador concede al banco de la obligación de actuar dentro de los plazos previstos en el artículo 1957 del Código Civil, que dispone: «El fiador sigue obligado después del vencimiento de la obligación principal, siempre que el acreedor haya iniciado acciones contra el deudor en el plazo de seis meses y las haya proseguido con diligencia». Según el mismo apartado 6 de dicho contrato tipo, cualquier fiador permanecerá obligado, no obstante lo dispuesto en dicho artículo 1957, «aunque el banco no haya iniciado sus acciones contra el deudor y los eventuales coobligados y no las haya proseguido con diligencia», quedando con ello obligado solidariamente «hasta la total extinción de la deuda, sin límite de tiempo y sin ninguna otra condición»;

- en el apartado 7, párrafo primero, a la obligación asumida por el fiador de «pagar inmediatamente al banco, mediando un mero requerimiento escrito, incluso en caso de oposición del deudor, cuanto se le adeude en concepto de capital, intereses, gastos, impuestos, tasas y demás gastos accesorios»;

- en el apartado 7, párrafo tercero, a la declaración de que «para determinar la deuda garantizada harán prueba contra el fiador, sus herederos, sucesores y

derechohabientes, ante cualquier instancia, las anotaciones obrantes en los documentos contables del banco, que, por otra parte, no está obligado a efectuar por propia iniciativa comunicación alguna al fiador respecto de la situación contable y, en general, de las relaciones con el deudor»;

— en el apartado 7, párrafo quinto, a la excepción al artículo 1939 del Código Civil, según el cual «La garantía no es válida si no es válida la obligación principal, salvo que sea prestada para una obligación asumida por un incapaz», con la consecuencia de que «la obligación conserva todos sus efectos aun cuando la obligación principal esté viciada de invalidez por cualquier motivo, entendiendo el fiador que, en el supuesto de que se declare la nulidad o la anulación de la obligación principal, queda obligado como si ésta hubiera sido asumida en nombre propio».

12 En lo que respecta al conjunto de dichas cláusulas, el órgano jurisdiccional remitente estima que es pertinente que el Tribunal de Justicia se pronuncie en lo que se refiere a las sumas que BPN y Carige consideran que les son debidas en virtud de los contratos de apertura de cuentas corrientes celebrados por el Sr. Bagnasco y en virtud del afianzamiento de dichas sumas al que se comprometieron los demás demandantes del litigio principal. En consecuencia, decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuatro cuestiones prejudiciales siguientes:

- «1) Si las NBU impuestas por la ABI a sus asociados en relación con los contratos de apertura de crédito en cuenta corriente, en la medida en que son dictadas y aplicadas de manera uniforme y vinculante por los bancos miembros de la ABI, son compatibles, en la parte en que someten la apertura del crédito a un régimen de fijación del tipo de interés no previamente determinado ni determinable por el cliente, con la norma prevista en el artículo 85 del Tratado, ya que pueden afectar al comercio entre los Estados miembros, y que tienen por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común.
- 2) ¿Qué efectos puede producir el eventual reconocimiento de la incompatibilidad a que se refiere la primera cuestión sobre las correspondientes cláusulas

de los contratos de apertura de crédito en cuenta corriente celebrados por los bancos asociados individualmente con los clientes, puesto que cabe considerar que el conjunto de los bancos asociados a la ABI ocupa una posición dominante colectiva en el mercado nacional del crédito, en el sentido y por efecto del artículo 86, con arreglo al cual la aplicación concreta de la normativa examinada (en lo que se refiere a la fijación del tipo de interés adeudado) se configura como explotación abusiva?

- 3) Si las NBU impuestas por la ABI a sus asociados en relación con el contrato de afianzamiento general que garantiza la apertura de crédito —en la medida en que son dictadas y aplicadas de manera uniforme y vinculante por los bancos asociados— son compatibles con el artículo 85 del Tratado, en relación con las cláusulas concretas referidas en los fundamentos jurídicos de la presente resolución y en su globalidad, ya que pueden afectar al comercio entre los Estados miembros, y que tienen por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común.

- 4) ¿Qué efectos puede producir el eventual reconocimiento de la incompatibilidad a que se refiere la tercera cuestión sobre las correspondientes cláusulas de los contratos de afianzamiento general y sobre los mismos contratos, estipulados por cada banco, puesto que cabe considerar que el conjunto de los bancos asociados a la ABI ocupa una posición dominante colectiva en el mercado nacional del crédito, en el sentido y por efecto del artículo 86, con arreglo al cual la aplicación concreta de la normativa examinada se configura como explotación abusiva?»

13 En primer lugar, es preciso hacer constar que, con posterioridad a la celebración de los contratos controvertidos en el litigio principal, se modificó la normativa italiana aplicable a la apertura de crédito en cuenta corriente y al afianzamiento general. En efecto, la Ley n° 154/92 modificó el régimen de afianzamiento general, imponiendo a los bancos la obligación de fijar por anticipado la cantidad máxima garantizada.

- 14 Además, mediante escrito de 22 de febrero de 1993, la ABI decidió notificar sus condiciones bancarias uniformes a la Comisión para que ésta las examinara a la luz del artículo 85 del Tratado. Los mismos documentos fueron comunicados a la Banca d'Italia (en lo sucesivo, «Banco de Italia»), como autoridad nacional competente para la aplicación de la normativa en materia de protección de la competencia y del mercado en el sector del crédito.
- 15 Mediante escrito de 7 de julio de 1993, la Comisión informó al Banco de Italia de que había decidido examinar sólo tres de los veintiséis acuerdos notificados. Sin pronunciarse sobre la cuestión de la existencia de una posible restricción de la competencia, la Comisión señaló que la mayor parte de los acuerdos, entre ellos los referentes a la apertura de crédito en cuenta corriente y al afianzamiento general, no parecían afectar, totalmente o de forma sensible, al comercio entre los Estados miembros. Precisó a estos efectos que, por una parte, los servicios bancarios de que se trata se limitan al territorio nacional y se refieren a actividades económicas que, por estipulación contractual o por su propia naturaleza, sólo deben ejercerse en el territorio italiano o tienen una influencia muy reducida en los intercambios entre los Estados miembros y que, por otra parte, la participación de las filiales o sucursales de entidades financieras no italianas era limitada. Por lo tanto, declaró que no continuaría investigando dichos acuerdos, por estimar que no les era aplicable el artículo 85 del Tratado.
- 16 La Comisión estimó que los únicos acuerdos incluidos en su propia competencia se refieren a las condiciones relativas a las cuentas corrientes con apertura de crédito en divisas extranjeras y a las condiciones que regulan los servicios de cobro o de aceptación de los efectos, documentos o títulos de crédito en Italia o en el extranjero.
- 17 El 23 de noviembre de 1993, el Banco de Italia inició un procedimiento en virtud de la Ley n° 287/90, que en el apartado 2 de su artículo 2 reproduce las disposiciones del apartado 1 del artículo 85 del Tratado, para examinar los veintitrés acuerdos excluidos de la investigación de la Comisión. Este procedimiento concluyó mediante la decisión n° 12, de 3 de diciembre de 1994 (*Bolletino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* de 19 de diciembre de 1994, año IV, n° 48,

p. 75), en la que el Banco de Italia declaró que tanto las NBU relativas al afianzamiento para garantizar la apertura de un crédito como las relativas a la apertura de un crédito utilizable en cuenta corriente pueden afectar al juego de la competencia. En dicha decisión se instaba a la ABI a modificar los acuerdos y a comunicar dichas modificaciones a sus miembros. También se instaba a la ABI a precisar que dichas NBU constituyen una mera orientación, carente de cualquier valor vinculante, que tampoco tienen valor de recomendación y que, por lo tanto, cualquier miembro tiene la facultad de invocarlas o no, así como de introducir en ellas todas las modificaciones que considere apropiadas.

18 Tras dicha decisión, la ABI modificó las NBU en el sentido requerido por el Banco de Italia. No obstante, estas modificaciones carecen de efectos retroactivos sobre los contratos ya celebrados.

Sobre la admisibilidad de la remisión prejudicial

19 En primer lugar, BPN observa que las cuestiones sometidas al Tribunal de Justicia no son pertinentes para la solución del litigio principal. En su opinión, las pruebas documentales contractuales y la orden judicial de pago muestran claramente que, en lo que respecta a los contratos de apertura de crédito, las cláusulas y, por lo tanto, las medidas impuestas por la ABI no se refieren a tipos de interés variables o sujetos a la influencia de las condiciones del mercado, sino, por el contrario, a tipos convenidos de forma fija *a priori* y que, en lo que atañe al afianzamiento, se trata de un contrato en el cual cualquier cláusula que pueda constituir una infracción de los artículos 85 y 86 del Tratado carece de interés.

20 Conforme a una jurisprudencia reiterada, corresponde exclusivamente a los órganos jurisdiccionales nacionales a los que se haya sometido el litigio y que deban asumir la responsabilidad de la decisión judicial que deba recaer, apreciar, a la vista de las particularidades de cada asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para estar en condiciones de dictar su resolución como la pertinencia de las cuestiones que plantean al Tribunal de Justicia (véanse las sentencias de 7 de diciembre de 1995, Spano y otros, C-472/93, Rec. p. I-4321, apartado 15, y de 10 de julio de 1997,

Maso y otros, C-373/95, Rec. p. I-4051, apartado 26). Sólo puede declararse la inadmisibilidad de la petición cuando resulta evidente que la interpretación o la apreciación de la validez de una norma comunitaria, solicitadas por dicho órgano jurisdiccional nacional, no tienen relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal (véanse, en particular, las sentencias Spano y otras, antes citada, apartado 15, y de 15 de diciembre de 1995, Bosman, C-415/93, Rec. p. I-4921, apartado 61).

- 21 En el caso de autos, basta con comprobar que los contratos celebrados entre las partes del litigio principal contienen cláusulas que se refieren a las NBU acerca de las cuales el órgano jurisdiccional remitente estimó necesario solicitar al Tribunal de Justicia elementos de interpretación pertenecientes al Derecho comunitario, a fin de apreciar su compatibilidad con los artículos 85 y 86 del Tratado.
- 22 En estas circunstancias, no pueden acogerse las objeciones presentadas por BNP sobre la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales y procede responder a éstas.

Sobre la primera cuestión

- 23 Mediante su primera cuestión, el órgano jurisdiccional nacional pregunta, básicamente, si las NBU, por cuanto permiten a los bancos, en los contratos relativos a la apertura de crédito en cuenta corriente, modificar en cualquier momento el tipo de interés según las variaciones producidas en el mercado monetario, y ello, a través de una comunicación expuesta en sus locales o en la forma que consideren más adecuada, tienen por objeto o por efecto restringir la competencia o pueden afectar al comercio entre los Estados miembros en el sentido del apartado 1 del artículo 85 del Tratado.

- 24 Los demandantes del litigio principal sostienen que en Italia existe un acuerdo para fijar los tipos de interés practicados por los bancos respecto a sus deudores y que incluso existen acuerdos y/o prácticas colusorias relativas a las condiciones generales de los contratos, elaborados por la ABI a través de las NBU, que los bancos sistemáticamente incluyen en los contratos tipo sometidos a su clientela. En virtud de dichas cláusulas, la posición del deudor principal y del fiador, cualquiera que sea su nacionalidad, obligados frente a un banco italiano, queda debilitada en comparación con la de cualquier otro deudor y/o fiador que negocia con un banco de otro Estado miembro.
- 25 Ni siquiera el tipo de base es fruto de una libre negociación entre las partes, puesto que los bancos asociados a la ABI están obligados a respetar las decisiones del cártel; por consiguiente, el cliente no puede hallar diferencias significativas entre los tipos practicados por las diferentes entidades de crédito.
- 26 Según los demandantes del litigio principal, los bancos además disponen de la facultad de modificar unilateralmente los tipos, los precios y las demás condiciones. La única protección para el cliente reside en la resolución del contrato. Sin embargo, esta posibilidad es puramente teórica, puesto que el cliente hallará muy difícilmente una entidad de crédito que aplique tipos de interés diferentes, debido, precisamente, a la existencia del cártel entre los bancos. Por consiguiente, el cliente que debe solicitar la apertura de un crédito en cuenta corriente se halla en una situación de sujeción absoluta frente a los bancos asociados a la ABI.
- 27 BPN sostiene que el supuesto según el cual sus contratos son la consecuencia de exigencias y obligaciones impuestas por la ABI, como la situación considerada en la resolución de remisión, es puramente ficticia e inconcebible. Además, el análisis del mercado de que se trata —tanto desde el punto de vista del producto como en el plano geográfico— demuestra que la actividad bancaria no deja un margen suficientemente amplio para permitir la aplicación de una «política» bancaria uniforme que pueda impedir, restringir o falsear el juego de la competencia.

- 28 Carige destaca que el régimen aplicable en materia de tipos de interés no totalmente determinados ni determinables no es incompatible con el artículo 85 del Tratado por cuanto no es el resultado de acuerdos entre empresas que puedan afectar de manera sensible a la competencia en el mercado de las prestaciones relativas a las transferencias de capitales.
- 29 El Gobierno italiano observa que, mediante escrito de 22 de febrero de 1993, la ABI notificó a la Comisión las circulares enviadas a sus miembros, que contienen las NBU, para que ésta las examinara a la luz del artículo 85 del Tratado. Los mismos documentos fueron comunicados al Banco de Italia, como autoridad nacional competente para la aplicación de la normativa en materia de protección de la competencia y del mercado en el sector del crédito.
- 30 El Gobierno italiano subraya que únicamente los acuerdos que la Comisión estimó de su propia competencia se refieren a las condiciones relativas a las cuentas corrientes con apertura de crédito dinerario, a las condiciones relativas a las cuentas corrientes con apertura de crédito en divisas extranjeras y a las condiciones que regulan los servicios de cobro o de aceptación de los efectos, documentos o títulos de crédito en Italia o en el extranjero. Dichos acuerdos son ajenos al presente asunto.
- 31 Según la Comisión, si bien no está excluido que las cláusulas de que se trata tengan efectos restrictivos sobre la competencia en la medida en que establecen un límite a la libertad contractual de los bancos que son miembros de la ABI, dichas cláusulas no son incompatibles con el artículo 85 del Tratado por no afectar de manera sensible al comercio entre los Estados miembros.
- 32 Es preciso recordar que, según el tenor literal del apartado 1 del artículo 85 del Tratado, serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común.

- 33 Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para determinar si un acuerdo debe considerarse prohibido en razón de las alteraciones de la competencia que tenga por efecto, procederá examinar el juego de la competencia en el marco efectivo en el que se desarrollaría de no existir el acuerdo discutido (véanse las sentencias de 28 de mayo de 1998, Deere/Comisión, C-7/95 P, Rec. p. I-3111, apartado 76, y New Holland Ford/Comisión, C-8/95 P, Rec. p. I-3175, apartado 90).
- 34 Pues bien, aunque el apartado 1 del artículo 85 del Tratado no limita dicha apreciación únicamente a los efectos actuales, puesto que también deben tenerse en cuenta los efectos potenciales del acuerdo en la competencia dentro del mercado común, lo cierto es que un acuerdo no está comprendido en la prohibición del artículo 85 cuando sólo afecta al mercado de forma insignificante (sentencia Deere/Comisión, antes citada, apartado 77, y New Holland Ford/Comisión, antes citada, apartado 91).
- 35 A este respecto, hay que hacer constar que la apertura de un crédito en cuenta corriente constituye una operación bancaria que, por su naturaleza, está vinculada a la facultad del banco de modificar el tipo de interés convenido en función de elementos de referencia tales como, en particular, las condiciones de refinanciación del crédito por parte de los bancos. Si bien dicha facultad implica para el cliente del banco el riesgo de un aumento de los intereses a lo largo del contrato, también ofrece la posibilidad de una reducción de ellos. Cuando, como en el presente asunto, la variación de los tipos de interés depende de elementos objetivos, tales como las variaciones producidas en el mercado monetario, un acuerdo que excluye la facultad de aplicar un tipo de interés fijo no puede ejercer una influencia restrictiva sensible en el juego de la competencia.
- 36 En lo que respecta a la cláusula según la cual los bancos comunican las modificaciones de los tipos de interés exponiéndolas en sus locales o de la manera que consideren más adecuada, basta comprobar que dicha cláusula no prohíbe a los bancos establecer una comunicación a sus clientes más apropiada.

- 37 Por lo tanto, procede responder a la primera cuestión que las NBU, por cuanto permiten a los bancos, en los contratos relativos a la apertura de crédito en cuenta corriente, modificar en cualquier momento el tipo de interés según las variaciones producidas en el mercado monetario, y ello, a través de una comunicación expuesta en sus locales o en la forma que consideren más adecuada, no tienen por objeto o por efecto restringir la competencia en el sentido del apartado 1 del artículo 85 del Tratado.

Sobre la tercera cuestión

- 38 Mediante la tercera cuestión, el órgano jurisdiccional nacional pregunta, básicamente, si las NBU relativas al afianzamiento general que debe garantizar la apertura de un crédito en cuenta corriente, tal como se describen en el apartado 11 de la presente sentencia, tienen, en su conjunto, por objeto o por efecto restringir la competencia o pueden afectar al comercio entre los Estados miembros en el sentido del apartado 1 del artículo 85 del Tratado.
- 39 Los demandantes del litigio principal destacan que el fiador ante un banco que opera en Italia está obligado, en virtud de la jurisprudencia italiana, a pagar todas las sumas reclamadas por el banco en concepto de operaciones bancarias realizadas por el banco en favor del deudor principal, ya sean éstas usuales, accesorias u ocasionales, estén en curso o deban aún efectuarse, incluso cuando dichas operaciones impliquen, debido a la facultad discrecional del banco, un aumento imprevisible del descubierto total del cliente frente a dicho banco durante la ejecución de la relación bancaria.
- 40 En apoyo de esta argumentación, los demandantes del litigio principal se remiten al apartado 7, párrafo quinto, del contrato de afianzamiento, según el cual el compromiso mantiene todos sus efectos aun cuando la obligación principal no sea válida por cualquier causa, puesto que, en caso de declaración de nulidad de la obligación principal o de anulación de ésta, se entiende que el fiador queda obligado como si hubiera actuado por cuenta propia.

- 41 Por el contrario, Carige observa que las NBU impuestas por la ABI en lo que atañe al contrato de afianzamiento general celebrado en concepto de garantía de una apertura de crédito son compatibles con el artículo 85 del Tratado, ya que no pueden afectar de modo sensible a la competencia en el mercado debido a la índole de los servicios prestados.
- 42 La Comisión subraya que, en el estado actual de sus conocimientos relativos a los flujos transfronterizos de la oferta y la demanda de servicios bancarios de apertura de crédito en cuenta corriente y de afianzamiento general, los mencionados servicios no parecen tener una importancia decisiva en el acceso de los bancos procedentes de otros Estados miembros al mercado financiero italiano. Remitiéndose a su argumentación contenida en su escrito de 7 de julio de 1993, la Comisión sostiene que las NBU conforme a las que se celebraron los dos contratos controvertidos en el litigio principal no cumplen uno de los requisitos necesarios para la aplicación del apartado 1 del artículo 85 del Tratado, es decir, poder afectar de modo sensible al comercio entre Estados miembros.
- 43 Con carácter preliminar, es preciso recordar que el afianzamiento constituye una forma clásica de garantía por la cual se puede, en particular, garantizar el saldo deudor de una cuenta corriente. En Derecho italiano, el afianzamiento es objeto de regulación específica en el Código Civil, a la que pueden establecerse excepciones cuando concurren determinados requisitos.
- 44 En la medida en que las NBU fijan «normas relativas al afianzamiento que garantiza las operaciones bancarias», al establecer excepciones a la normativa del Código Civil pretenden garantizar los créditos de los bancos en la forma más eficaz.
- 45 Por el contrario, puesto que, según las afirmaciones del órgano jurisdiccional remitente, dichas normas, son obligatorias para los miembros de la ABI, limitan la libertad contractual de los bancos, impidiéndoles ofrecer a los clientes que soliciten una apertura de crédito unas condiciones más favorables para el contrato conexo de afianzamiento. Sin embargo, éste sólo existe de manera accesoria al contrato

principal, del que en la práctica es, a menudo, una condición previa (véase la sentencia de 17 de marzo de 1998, Dietzinger, C-45/96, Rec. p. I-1199, apartado 18).

- 46 En estas circunstancias, en lugar de examinar directamente la cuestión de si dicha limitación de la libertad contractual produce efectos sensibles en la competencia, es oportuno analizar en primer lugar la cuestión relativa a los posibles efectos sobre el comercio entre los Estados miembros de cláusulas como las contenidas en los contratos de afianzamiento general discutidos en el procedimiento principal.
- 47 A este respecto, según reiterada jurisprudencia, para que un acuerdo entre empresas pueda afectar al comercio entre Estados miembros, debe poderse presumir con un grado de probabilidad suficiente, con arreglo a una serie de elementos objetivos de hecho o de Derecho, que puede ejercer una influencia directa o indirecta, real o potencial, sobre las corrientes de intercambios entre Estados miembros, en un sentido que pueda perjudicar a la realización de los objetivos de un mercado único entre Estados (véase la sentencia de 11 de julio de 1985, Remia y otros/Comisión, 42/84, Rec. p. 2545, apartado 22). De este modo, el perjuicio de los intercambios intracomunitarios es, en general, el resultado de una combinación de diversos factores que, considerados aisladamente, no serían necesariamente decisivos (véase la sentencia de 15 de diciembre de 1994, DLG, C-250/92, Rec. p. I-5641, apartado 54).
- 48 También según reiterada jurisprudencia, aunque el apartado 1 del artículo 85 del Tratado no exige que los acuerdos contemplados en dicha disposición hayan afectado de manera sensible a los intercambios intracomunitarios, sí que requiere que se demuestre que dichos acuerdos pueden tener tal efecto (véase la sentencia de 17 de julio de 1997, Ferriere Nord/Comisión, C-219/95 P, Rec. p. I-4411, apartado 19).
- 49 En el caso de autos, por lo que se refiere a los efectos del régimen de afianzamiento general sobre el comercio intracomunitario, es posible que las filiales o sucursales de bancos de otros Estados miembros, que estén establecidas en Italia, se vean obligadas, para beneficiarse de las ventajas de pertenecer a la ABI, a aplicar las NBU y a renunciar así a la aplicación de condiciones más favorables. Asimismo, habida

cuenta de que la mayor parte de los bancos italianos son miembros de la ABI, los clientes que deseen celebrar un contrato de apertura de crédito en cuenta corriente podrían ver reducidas sus posibilidades de elección de un banco cuando la celebración de dicho contrato dependa de la constitución de una fianza sujeta a las mencionadas NBU, que, en lo esencial, son de aplicación obligatoria.

50 Es verdad que, en principio, la respuesta a la cuestión de si concurren o no los requisitos de aplicación del apartado 1 del artículo 85 del Tratado depende de apreciaciones económicas complejas que corresponde al órgano jurisdiccional nacional realizar, llegado el caso, con arreglo a criterios establecidos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Sin embargo, en determinadas situaciones, y en vista de las indicaciones proporcionadas por el Tribunal de Justicia, tal análisis no parece necesario (véase la sentencia DLG, antes citada, apartado 55).

51 A este respecto, hay que tener en cuenta que la Comisión, a la que la ABI había sometido la cuestión de la compatibilidad de las cláusulas relativas al afianzamiento general respecto al artículo 85 del Tratado, comprobó que el servicio bancario de que se trata se refiere a actividades económicas que tienen una influencia muy reducida en los intercambios entre Estados miembros y que la participación de las filiales o sucursales de entidades financieras italianas es limitada (véase el apartado 15 de la presente sentencia). Además, la Comisión afirmó, en respuesta a una pregunta formulada por el Tribunal de Justicia, que la posible utilización de los contratos de apertura de crédito y de afianzamiento general por parte de la clientela principal de los bancos extranjeros, es decir, las grandes empresas y los operadores económicos extranjeros, no tiene gran importancia y, en todo caso, su importancia no es decisiva en la elección efectuada por los bancos extranjeros de establecerse o no en Italia, en la medida en que los contratos como los controvertidos en el litigio principal sólo son raramente utilizados por ese tipo de clientela. Estas afirmaciones de la Comisión no han sido desmentidas en el marco del presente procedimiento.

52 Por otra parte, ningún otro dato que obre en las actuaciones permite considerar con un grado de probabilidad suficiente que la reticencia de los clientes que deseen celebrar un contrato de apertura de crédito en cuenta corriente a la hora de elegir un banco, debido a la existencia de NBU relativas al afianzamiento general, pueda producir un efecto sensible sobre el comercio intracomunitario.

- 53 Por lo tanto, procede responder a la tercera cuestión que las NBU relativas al afianzamiento general que debe garantizar la apertura de un crédito en cuenta corriente y por las que se establecen excepciones al Derecho común en materia de afianzamiento, como en los asuntos principales, no pueden, en su conjunto, afectar al comercio entre los Estados miembros en el sentido del apartado 1 del artículo 85 del Tratado.

Sobre las cuestiones segunda y cuarta

- 54 Mediante las cuestiones segunda y cuarta, el órgano jurisdiccional nacional desea saber, en primer lugar, si la aplicación de dichas NBU constituye, en el sentido del artículo 86 del Tratado, una explotación abusiva de una posición dominante colectiva por parte de los bancos asociados a la ABI. Seguidamente, se cuestiona sobre los efectos que una posible incompatibilidad de dichas NBU con los artículos 85 y 86 del Tratado podría producir en las correspondientes cláusulas de los contratos celebrados por los bancos con sus clientes.
- 55 BPN no ve de qué modo las cláusulas de que se trata pueden constituir la expresión de una posición dominante, dado que la autolimitación que deriva del límite máximo de descubierto y de las cláusulas que atribuyen a la fianza derechos específicos de resolución, información, etc., contradice el supuesto de la ejecución, a través de cláusulas de contenido uniforme o «de acuerdo», de una voluntad contractual destinada a limitar o a restringir la libre competencia y que emana de sujetos ajenos a la relación contractual directa considerada.
- 56 En primer lugar, la Comisión subraya, remitiéndose a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (véase la sentencia de 17 de octubre de 1995, DIP y otros, asuntos acumulados C-140/94 a C-142/94, Rec. p. I-3257, apartados 26 y 27), que el mero hecho de que la ABI agrupe a la casi totalidad de los bancos italianos no parece suficiente para llegar a la conclusión de que sus miembros disfrutaban conjuntamente de una posición dominante colectiva.

- 57 En su opinión, aun admitiendo que los bancos que son miembros de la ABI ocupan en conjunto una posición dominante colectiva, tampoco parece posible afirmar que los comportamientos descritos por el órgano jurisdiccional nacional constituyan un abuso de dicha posición.
- 58 A este respecto, es preciso recordar que, según el artículo 86 del Tratado, será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.
- 59 Sin que sea necesario examinar si los bancos pertenecientes a la ABI ocupan una posición dominante colectiva en el sentido del artículo 86 del Tratado, basta con comprobar que, puesto que, como resulta del examen de la primera cuestión, la modificación del tipo de interés de un crédito en cuenta corriente depende de elementos objetivos, tales como las variaciones producidas en el mercado monetario, dicho comportamiento no puede constituir, en todo caso, una explotación abusiva de una posición dominante en el sentido del artículo 86 del Tratado.
- 60 En lo que se refiere a las NBU relativas al afianzamiento general que debe garantizar la apertura de un crédito en cuenta corriente, del examen de la tercera cuestión resulta que, en su conjunto, su aplicación no puede afectar de manera sensible al comercio entre los Estados miembros.
- 61 En estas circunstancias, procede responder a las cuestiones segunda y cuarta que la aplicación de dichas NBU no constituye una explotación abusiva de una posición dominante en el sentido del artículo 86 del Tratado.

- 62 Habida cuenta de las respuestas dadas a las precedentes cuestiones, no procede responder a la cuestión relativa a los efectos que una posible incompatibilidad de dichas NBU con los artículos 85 y 86 del Tratado podría producir en las correspondientes cláusulas de los contratos celebrados por los bancos con sus clientes.

Costas

- 63 Los gastos efectuados por el Gobierno italiano y por la Comisión de las Comunidades Europeas, que han presentado observaciones ante este Tribunal de Justicia, no pueden ser objeto de reembolso. Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Sexta),

pronunciándose sobre las cuestiones planteadas por el Tribunale di Genova mediante sendas resoluciones de 15 de mayo de 1996, declara:

- 1) **Las condiciones bancarias uniformes, por cuanto permiten a los bancos, en los contratos relativos a la apertura de crédito en cuenta corriente, modificar en cualquier momento el tipo de interés según las variaciones producidas en el mercado monetario, y ello, a través de una comunicación expuesta en sus locales o en la forma que consideren más adecuada, no tienen por objeto o**

por efecto restringir la competencia en el sentido del apartado 1 del artículo 85 del Tratado CE.

- 2) Las condiciones bancarias uniformes relativas al afianzamiento general que debe garantizar la apertura de un crédito en cuenta corriente y por las que se establecen excepciones al Derecho común en materia de afianzamiento, como en los asuntos principales, no pueden, en su conjunto, afectar al comercio entre los Estados miembros en el sentido del apartado 1 del artículo 85 del Tratado CE.
- 3) La aplicación de dichas condiciones bancarias uniformes no constituye una explotación abusiva de una posición dominante en el sentido del artículo 86 del Tratado CE.

Hirsch

Mancini

Murray

Ragnemalm

Ioannou

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 21 de enero de 1999.

El Secretario

El Presidente de la Sala Sexta

R. Grass

P. J. G. Kapteyn