

CONSTITUCIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE REGISTROS DE MOROSOS ENTRE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO: UN ANÁLISIS DESDE EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Fernando García Cachafeiro

Sumario: *I. Introducción.- II. El intercambio de información entre empresas rivales.- III. El intercambio de datos sobre la solvencia de la clientela: los denominados registros de morosos.- IV. Los registros de morosos en el sector bancario.- 1. Aspectos generales.- 2. Abundante casuística en relación con los registros de morosos.- 3. Requisitos para la autorización de los ficheros.- 3.1 Mejora de la producción o comercialización de bienes y servicios.- 3.2 Participación de los usuarios en las ventajas del acuerdo.- 3.3 Carácter indispensable de las restricciones impuestas.- 3.4 No eliminación de la competencia respecto de un parte substancial del mercado.- 4. Inaplicabilidad de la excepción que contempla el art. 2.1 LDC.- 5. Incidencia de la Ley de protección de datos de carácter personal.*

I. INTRODUCCIÓN

Con frecuencia las empresas rivales se ponen de acuerdo para poner en común la información de que disponen acerca del concreto mercado de productos o servicios en el que operan. El intercambio de información beneficia a las empresas porque les permite tomar sus decisiones mejor informadas pero, al mismo tiempo, puede perjudicar al mercado porque facilita extraordinariamente la adopción de conductas paralelas entre competidores. En estas condiciones, las autoridades de competencia se enfrentan al reto de evitar que acuerdos informativos en principio beneficiosos para las empresas, se conviertan en una herramienta para eliminar la competencia en el mercado.

Una forma particular de intercambio de información consiste en la puesta en común de datos sobre la solvencia de la clientela, mediante los denominados registros de morosos. Estos ficheros pueden tener efectos favorables para las empresas porque constituyen un instrumento muy útil para luchar contra la morosidad, si bien entrañan el riesgo de convertirse en un medio para coordinar la reacción uniforme de los miembros del registro frente a los morosos inscritos.

Los registros de morosos han tenido gran éxito en el sector financiero debido a la importancia que tiene, en el negocio del crédito, conocer de antemano la información relativa a la solvencia de la clientela. El propósito de este trabajo consiste en poner de relieve los problemas que plantean los registros de morosos establecidos por las entidades de crédito y analizar cuál ha sido el tratamiento que han recibido por parte del Tribunal de Defensa de la Competencia.

II. EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN ENTRE EMPRESAS RIVALES

Las empresas competidoras pueden intercambiarse la información de que disponen acerca de producción, ventas, precios, inversiones, o de otra índole. Tales acuerdos causan considerables problemas a las autoridades de competencia puesto que, si bien es cierto que pueden producir importantes efectos beneficiosos tanto para las empresas competidoras como para los consumidores, no lo es menos que entrañan un grave riesgo desde la óptica del Derecho *antitrust*¹.

Por lo que respecta a los competidores, cuanto mayor sea la información de que disponen sobre las condiciones del mercado, más fácil les resultará adoptar decisiones racionales y efectivas sobre su producción y ventas; a través de la transferencia de información, las empresas pueden conocer mejor las demandas de los consumidores y las tendencias del mercado, de forma que les resulte más fácil adoptar una política comercial eficiente y evitar el exceso o el defecto de producción. Asimismo, el intercambio de ciertas clases de información puede fomentar la competencia de forma más directa, tal y como ocurre con los acuerdos de intercambio de *know-how* en los que, al hacerse accesible para más empresas los entresijos de un determinado producto o servicio, aumenta el número de entidades capaces de operar en dicho mercado. Los consumidores, por su parte, también pueden beneficiarse de estos intercambios dado que cuanto mayor sea la información de que dispongan acerca de los productos disponibles y sus precios, más fácil les resultará adoptar decisiones satisfactorias.

Estas ventajas no deben ocultar los graves riesgos que entrañan para la libre competencia los acuerdos de intercambio de información. La esencia de la competencia es que cada productor debe actuar en el mercado libremente y no debe coordinar su comportamiento con sus rivales. Si los competidores pactan intercambiarse información detallada sobre sus políticas comerciales, se vuelve más fácil para ellos actuar concertadamente; es decir, la transmisión de datos facilita la concertación entre competidores². Así las cosas, el problema radica en distinguir el intercambio de información que tienen un efecto neutral o beneficioso sobre la eficiencia, de aquél que supone una amenaza para la libre competencia³.

1 Como señalan GREEN y ROBERTSON (*Commercial Agreements and competition law. Practice and procedure in the UK and EC*, 2ª ed., Kluwer Law International, Londres, 1997, p. 513), "los intercambios de información tienen un valor ambiguo para el mercado. Algunos intercambios fomentan la competencia, otros la debilitan".

2 Vid. EVANS, "Trade associations and the exchange of price and non-price information", [1989] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 716. Interesa poner de relieve que, como afirma KORAH (*An introductory guide to EC competition law and practice*, 7ª ed. Hart Publishing, Oxford, 2000, p. 51.) el intercambio de información puede ser utilizado para lograr los mismos resultados que con un acuerdo de precios, pero por medios indirectos. En la medida en que los convenios de precios son declarados generalmente incompatibles con el artículo 81.1 CE, las empresas pueden llegar a otra clase de pactos que bajo una apariencia menos lesiva de la competencia tienen, sin embargo, consecuencias similares. Imagínese el caso de una asociación de empresas que impone a sus miembros la obligación de comunicarse mutuamente los descuentos que realicen. En estas condiciones, la comunicación inmediata a las empresas rivales de la información sobre descuentos elimina los incentivos que una empresa puede tener para reducir sus precios porque sabe que cuando sus competidores se enteren del descuento realizado, reaccionarán haciendo lo propio para no perder nuevos encargos. A largo plazo, los miembros de la asociación carecerán de incentivos para hacer rebajas dado que no obtendrán el volumen de negocio adicional que compense la bajada de precios. En definitiva bajo la apariencia de un inofensivo intercambio de información, se logra el peligroso objetivo de fijar unos precios estables ajenos a las oscilaciones del mercado.

3 EVANS ([1989] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 711) destaca que los tribunales y la doctrina económica tienen grandes dificultades para distinguir los acuerdos de intercambio de información procompetitivos de los anticompetitivos.

La Comisión Europea se pronunció por primera vez acerca de la legalidad *antitrust* de los intercambios de información, en su Comunicación sobre acuerdos de cooperación de 1964⁴. Aunque se reconocían las dificultades que entrañaba determinar si el intercambio de datos favorecía o perjudicaba a la competencia, la autoridad comunitaria concluyó que, en principio, no restringían la competencia los acuerdos que tenían por objeto el intercambio de opiniones y la experiencia; el estudio en común de los mercados; la realización conjunta de estudios comparados sobre empresas y sectores económicos; o la elaboración en común de estadísticas y esquemas de cálculo, siempre y cuando las empresas participantes conservasen su libertad de actuación en el mercado⁵. La Comunicación de 1968 ha sido derogada por las Directrices sobre colaboración horizontal de 2000 las cuales, lamentablemente, han rechazado pronunciarse de manera expresa sobre los acuerdos de intercambio de información⁶. Pese a ello, no existen obstáculos para considerar que los principios expresados en la Comunicación continúan siendo válidos, de modo que hoy no existen inconvenientes para el intercambio de información estadística sobre los distintos mercados⁷.

Posteriormente, la Comisión y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas han resuelto numerosos asuntos en los que el intercambio de información jugaba un papel destacado. A diferencia de lo que ocurre con otras conductas anticompetitivas, en los litigios sobre acuerdos informativos la parte demandada no suele cuestionar la existencia de un acuerdo o una práctica concertada o si dicha práctica afecta al comercio entre los Estados miembros, sino que su defensa generalmente consiste en negar que el intercambio de información restrinja de algún modo la libertad de competencia en el mercado⁸. Además, en la mayoría de los casos examinados, la transferencia de información formaba parte de acuerdos más amplios⁹, aunque ello no es óbice para considerar que los acuerdos informativos –en si mismos considerados– puedan suponer una infracción autónoma del artículo 81.1 del Tratado CE¹⁰.

De esta abundante casuística se puede concluir que, cuando se trata de examinar la compatibilidad de los acuerdos informativos con la legislación comunitaria *antitrust*, han de tenerse presentes, principalmente, los siguientes criterios¹¹: a) el nivel de detalle

4 Comunicación relativa a los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas relativos a la cooperación entre empresas, DOCE núm. C 75/3, de 29 de julio de 1968, corregido por DOCE núm. C 84/14, de 28 de agosto de 1968 y recogido en lengua española en la Edición Especial del DOCE de 1985, 08/Vol. 01, p.117. *Vid.*, asimismo, el VII Informe Política de la Competencia, 1979, párrafos 5-8.

5 Al respecto, PEEPERKON (“Competition policy implications form the game theory: an evaluation of the Commission’s policy on information exchange”, *CEPR/European University Institute*, 1996, p. 11) señala que se pueden deducir dos principios esenciales de la Comunicación: 1) las normas de competencia son aplicables al mero intercambio de información entre competidores; y 2) este intercambio es especialmente peligroso cuando se adoptan en el marco de mercados con un número de competidores reducido.

6 *Vid.* Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de cooperación horizontal, DOCE núm. C 3/2, de 6 de enero de 2001, Párrafo 10.

7 *Vid.* BELLAMY/CHILD, *European Community Law of Competition*, 5ª ed., Sweet&Maxwell, Londres, 2001, p. 257.

8 *Vid.* CORONES, “The application of article 85 of the Treaty of Rome to the exchange of market information between members of a trade association”, *ECLR*, 1982, p. 68.

9 *Vid.* PEEPERKON, *CEPR/European University Institute*, p. 10.

10 *Vid.* DE PALO, “Lo scambio di informazioni fra imprese concorrenti e la partecipazione ad associazioni di categoria nel Diritto comunitario della concorrenza”, *DCI*, núm. 4, 1997, p. 970.

11 Con carácter general, puede decirse que el tratamiento dado a los acuerdos informativos es más severo en Europa que en los Estados Unidos, pues mientras en la Comunidad se sanciona el mero intercambio de información, al otro lado del Atlántico los tribunales generalmente exigen que se pruebe la relación entre la puesta en común de datos y una práctica concertada concreta, (*vid.* EVANS, *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 709 y ss.).

de la información que se transmite¹²; b) el carácter secreto de los datos que se ponen en común¹³; c) la actualidad de la información¹⁴; y d) el grado de concentración del mercado en el que se produce el intercambio de datos entre empresas rivales¹⁵.

12 En principio, se considera que cuanto más detallada es la información, mayor es el riesgo de que se falsee la competencia. Desde la perspectiva del Derecho *antitrust*, no hay nada que objetar a que las empresas intercambien datos que les permitan disponer de una imagen general de la producción y ventas de un determinado producto o servicio. Por el contrario, no suelen admitirse los acuerdos mediante los cuales se intercambia información sobre empresas individuales, pues se entiende que el conocimiento de la conducta pasada de los rivales facilita la actuación paralela de los competidores en el futuro. Según la Comisión, “no hay por tanto nada que objetar cuando asociaciones comerciales nacionales que representan los mismos intereses pero en países diferentes intercambian la misma información estadística dando una imagen de la producción y ventas de la industria relevante sin identificar empresas individuales”, (Decisión de 8 septiembre 1977, asunto IV/312-366, *COBELPA/VNP*, DOCE núm. L 242/10, de 21 de septiembre de 1977, punto 25). Otro dato que suele tenerse en cuenta por las autoridades comunitarias es el grado de desglose de la información, ya sea por productos, por zonas geográficas o por períodos de tiempo; cuanto mayor sea el desglose de la misma, más fácil será calcular los datos individuales de las empresas concurrentes y, por lo tanto, mayor será el riesgo para la competencia, (*vid.* BERTI, “Lo scambio di informazioni fra imprese concorrenti”, *RDC*, núm. 5-6, 1996, p. 585).

13 De la Comunicación sobre acuerdos de cooperación de 1968 se deduce, implícitamente, que el intercambio de información no debe afectar a datos que pertenecen a la espera particular de la empresa o, dicho en otras palabras, informaciones que se consideren secreto de negocios. Así lo han corroborado las autoridades españolas de competencia en diversas resoluciones (*vid.* las resoluciones del TDC de 3 de junio de 1996, en el caso *Servicio Trip/Asnef* [FD 2] y de 7 de julio de 1997, en el expediente *Asnef-Sic* [FD 6], en la que se afirma que “el acuerdo cuya autorización se pretende supone un intercambio de información sobre aspectos que constituyen normalmente secretos de negocios, por lo que no resulta autorizable según los criterios establecidos en la Comunicación de la Comisión Europea relativa a los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas que supongan cooperación entre empresas”). La dificultad que entraña la aplicación de este principio consiste en determinar qué datos constituyen secreto de negocios, dado que no existe un concepto general de lo que es secreto y para su determinación es necesario acudir al análisis de cada caso en particular. En la doctrina española GÓMEZ SEGADÉ (*El secreto industrial (Know-how), concepto y protección*, Tecnos, Madrid, 1974, p. 187 y ss.) afirma que han de darse tres circunstancias para que una información pueda ser considerada secreto comercial: en primer lugar, que la información tenga carácter reservado; en segundo término, que exista un interés en el mantenimiento del secreto y, finalmente, que persista la voluntad de mantener el secreto por parte de su titular. En otros países se dan definiciones más amplias del término, reputándose secreto de comercio cualquier información relativa a un método de producción, un método de venta o cualquier otra información o tecnología o actividad comercial que sea desconocida para el público, (*cf.* Ley Uniforme de Secretos Comerciales de los Estados Unidos de América o la Ley de Prevención de la Competencia Desleal de Japón). Cuando se trata de determinar en un caso concreto si la información que se pone en común tiene carácter secreto, pueden ser útiles los criterios que se proponen en una obra presentada por la Oficina Internacional de la OMPI en 1994; son los siguientes: 1) la medida en que el público en general o las entidades que desarrollan la misma actividad conocen la información; 2) el esfuerzo empleado por el comerciante en el desarrollo de la ésta; 3) el valor de la información para el comerciante y sus competidores; 4) las medidas adoptadas para mantener el secreto de los datos y 5) la facilidad con la que la información puede ser adquirida lícitamente por terceros (*vid.* VVAA, *Protección contra la Competencia Desleal*, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Ginebra, 1994, p. 55 y ss.). En todo caso, el análisis de las decisiones adoptadas por la Comisión permite concluir que la autoridad comunitaria se muestra reacia a admitir los acuerdos informativos relativos a materias tales como listas de clientes, precios de venta, costes de fabricación, planes de producción e inversión o condiciones de venta.

14 La información *histórica* puede intercambiarse entre empresas rivales porque apenas afecta a sus conductas futuras. Como indica DE PALO (*DCI*, núm. 4, 1997, p. 964), la línea divisoria entre información histórica y actual depende del sector económico de que se trate, si bien en el caso de los tractores británicos la Comisión afirmó que el transcurso de un año es un período de tiempo suficiente para considerar que los datos no interferían en la conducta de los competidores (Decisión de la Comisión de 17 febrero 1992, asunto 92/157/CEE, *UK Agricultural Tractor Registration Exchange*, DOCE núm. L 68/19, de 13 de marzo de 1992, párrafo 50).

15 El intercambio de información resulta más peligroso para la competencia cuanto mayor sea el grado de concentración en el mercado, por cuanto que la puesta en común de información en mercados oligopolísticos permite al reducido grupo de competidores conocer de inmediato las iniciativas de sus rivales. La transmisión de información en dicho contexto tiene un doble efecto: de un lado, el conocimiento de los datos individuales de las pocas empresas concurrentes hace más fácil coordinar efectivamente el comportamiento

III. EL INTERCAMBIO DE DATOS SOBRE LA SOLVENCIA DE LA CLIENTELA: LOS DENOMINADOS REGISTROS DE MOROSOS

Como se ha tenido ocasión de exponer, los competidores pueden transmitirse informaciones sobre materias diversas. En el sector bancario adquieren especial relevancia los convenios por medio de los cuales las entidades de crédito acuerdan comunicarse información relativa a la solvencia de sus clientes, a través de los servicios de información sobre solvencia y crédito, más conocidos como *registros de morosos*¹⁶. Estos registros suponen una concertación entre empresarios pertenecientes a un mismo sector económico para transmitirse, por medio de un órgano centralizador, informaciones sobre la solvencia patrimonial y el crédito de sus clientes. Las notas que caracterizan a los registros de morosos son esencialmente las siguientes: 1) están constituidos por una empresa individual o una asociación de empresarios que se comprometen a facilitar los datos relativos a la solvencia patrimonial y el crédito de sus clientes; 2) la información es recogida por un órgano centralizador que se encarga de transmitirla al resto de las entidades asociadas; y 3) cada miembro de la asociación dispone del mismo grado de conocimientos relativos a la solvencia de sus clientes, aumentando la transparencia del mercado.

La constitución y puesta en funcionamiento de un registro de impagados tiene como finalidad principal hacer frente a la práctica extendida de la morosidad en el mercado. En aquellos sectores económicos en los que existen múltiples operadores que suministran los mismos bienes o servicios, puede ocurrir – y de hecho ocurre con demasiada frecuencia – que los adquirentes de dichos productos dejen de pagar las contraprestaciones pecuniarias estipuladas en sus contratos. Esta práctica tiene como consecuencia inmediata la pérdida del suministrador, que se negará a facilitar nuevos productos o servicios a aquel cliente que sabe que no se los va a pagar. No obstante, el cliente moroso puede, aprovechándose de la opacidad del mercado, dirigirse a un suministrador diferente del mismo producto (el cual desconoce su incapacidad para hacer frente al pago de sus obligaciones pecuniarias) para celebrar un nuevo contrato, que tampoco va a pagar, con la finalidad de obtener dichos bienes, originándose el fenómeno que se conoce como de *morosidad en cascada*.

de las mismas y, de otro, el intercambio de datos desalienta la adopción de comportamientos agresivos, debilitando la competencia entre las empresas (BERTI, *RDC*, núm. 5-6, 1996, p. 591). Las autoridades comunitarias han declarado que en los mercados oligopolísticos es esencial que se mantenga la *competencia oculta*, que consiste en que exista un cierto grado de incertidumbre sobre las políticas comerciales de los competidores: cuando un acuerdo elimina esta incertidumbre, se estima que es incompatible con el artículo 81.1 CE. Por el contrario, cuando se trata de un mercado en el que concurren un gran número de empresas, se considera que el intercambio de información no destruye la incertidumbre sobre la conducta de los rivales sino que, por el contrario, puede fomentar la competencia en la medida en que *los consumidores pueden elegir con pleno conocimiento los bienes ofrecidos* (Decisión de la Comisión de 17 febrero 1992, asunto 92/157/CEE, *UK Agricultural Tractor Registration Exchange*, DOCE núm. L 68/19, de 13.3.92., párrafo 37). El TPI confirmó la doctrina de la Comisión en dos sentencias que resolvieron otros tantos recursos contra la Decisión 92/157/CEE, (sentencia de 27 de octubre de 1994 en el Asunto T-34/92, *Fiatagari UK Ltd y New Holland Ford Ltd v. Comisión*, Rec. 1994, p. II-905 y Sentencia de 27 de octubre de 1994 en el Asunto T-35/92, *John Deere Ltd. v. Comisión*, Rec. 1994, p. II-957).

16 El Tribunal de Defensa de la Competencia ha optado indiscutiblemente por el término *registros de morosos*, si bien en la L.O. 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal esta clase de ficheros reciben la denominación de *servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito*. Algún autor critica el término *registros de morosos* porque parece limitar su objeto a meras *listas negras* de malos pagadores (vid. MUÑOZ GUTIERREZ, “Problemática que ha generado la Instrucción I de la Agencia de Protección de Datos”, *Act. Inf.*, núm. 18, 1996, p. 12).

Una de las posibles soluciones para hacer frente a esta situación es la constitución, por las empresas que operan en el sector, de un registro de morosos en el que se centralizan los datos de aquellos clientes que han incurrido en morosidad en sus relaciones con las entidades asociadas al registro. Ello va a permitir a cada uno de los operadores disponer de la información necesaria para decidir si desean o no contratar con el cliente mal pagador, a través de la adecuada valoración de todas las circunstancias concurrentes que ahora conocen en virtud del registro. Sin embargo, esta solución tiene el inconveniente de que el convenio por medio del cual las empresas competidoras se transmiten información sobre la solvencia de sus clientes, constituye un acuerdo restrictivo de la competencia prohibido por el artículo 1 LDC. En este sentido, se estima que la constitución y funcionamiento de un registro de morosos por empresas del mismo sector económico, afecta a las condiciones de prestación de servicios o de suministro de bienes en el mercado porque genera un alto grado de transparencia que reduce las posibilidades de respuestas imprevistas de los competidores y aumenta el riesgo de comportamientos homogéneos por parte de éstos.

Es posible distinguir dos etapas en la doctrina del TDC sobre los registros de morosos. Inicialmente, el Tribunal consideraba que la centralización de la información sobre la morosidad no constituía, en sí misma considerada, una práctica restrictiva de la competencia; para que esta restricción tuviese lugar era necesario que los asociados -además de acordar el intercambio de información- realizasen otras prácticas anticompetitivas, tales como aplicar condiciones uniformes de pago o acordar la suspensión del suministro al insolvente. En la actualidad, no obstante, es una postura consolidada del TDC considerar, como principio, que los intercambios de información sobre la solvencia de los clientes constituyen una práctica restrictiva de la competencia que necesita, en su caso, la autorización por el Tribunal¹⁷. Dado que los registros de morosos cumplen una importante misión de saneamiento del mercado —especialmente cuando la frecuencia de impagados es excesiva—, su autorización está plenamente justificada siempre que cumplan determinados requisitos.

IV. LOS REGISTROS DE MOROSOS EN EL SECTOR BANCARIO

1. Aspectos generales

Una vez analizados, siquiera sucintamente, los caracteres que reúnen los registros de morosos, debe señalarse que esta institución ha alcanzado gran difusión entre los bancos y cajas de ahorro de nuestro país debido a las especiales características de la actividad crediticia.

En primer lugar, la morosidad en el mercado de la intermediación financiera puede alcanzar cotas de extrema gravedad en épocas de crisis económica. En estas situaciones, el Tribunal de Defensa de la Competencia ha reconocido que es comprensible que los operadores económicos adopten medidas que permitan menguar la incidencia de la falta de pago, sin eliminar la competencia. Los ficheros de insolventes desempeñan, por lo tanto, una justificada labor de prevención de la morosidad a las entidades de crédito, función que justificaría su autorización¹⁸.

¹⁷ Vid. VICIANO PASTOR, “Los registros de morosos en cuanto intercambios de información contrarios al Derecho de defensa de la competencia español”, *RGD*, núm. 604-605, 1995, p. 784.

¹⁸ Resolución del TDC de 18 septiembre 1992, expte. 33/92, FD 5.

En segundo término, las características de la actividad que desarrollan los bancos y las cajas de ahorro explican el éxito de los registros de morosos en el sector. En la actualidad asistimos al desarrollo de nuevos hábitos de consumo, caracterizados por el abandono de la compra de bienes al contado y el aumento de las operaciones a crédito. Los bancos tienen la necesidad de disponer de la mayor información posible sobre la solvencia económica de los demandantes del crédito, al objeto de estar capacitados para hacer con rapidez y precisión una valoración del riesgo inherente a la operación solicitada. A estos efectos, no es suficiente la información que cada banco recibe de las relaciones con sus clientes, pues cada vez es más frecuente que los clientes desarrollen su actividad económica en contacto con distintas entidades de crédito. En consecuencia, para alcanzar una imagen real de la situación económica de un cliente, es preciso reunir todas las informaciones sobre el mismo de que disponen las distintas entidades.

El problema se agrava si se tiene en cuenta que son los individuos con problemas de liquidez los que tienen más interés por establecer relaciones con distintas entidades; por un doble motivo: de un lado, a causa de las restricciones que le impondrá su entidad de crédito habitual y, de otro, por la creencia de que el inicio de una nueva relación con una entidad que desconoce su situación real facilitará la concesión del crédito. En estas condiciones, se comprende la lógica que motiva a las entidades de crédito a poner en común los datos relativos a la solvencia de sus clientes con objeto de prevenir la elevada morosidad¹⁹.

En tercer lugar, no puede olvidarse el interés que tiene para el conjunto de la economía de un país el mantenimiento de un sistema financiero saneado. La crisis de una entidad de crédito puede afectar a la solvencia de otras entidades y perjudicar al conjunto de la economía nacional. En consecuencia, parece lógico que la Administración se muestre favorable a autorizar el funcionamiento de aquellos instrumentos que, como los registros de morosos, tienden a reducir los riesgos derivados de la existencia de un elevado nivel de insolvencia en el mercado²⁰.

19 Sobre el desarrollo de las operaciones de crédito como elemento que justifica el funcionamiento de un servicio de información sobre solvencia *vid.* CASANOVAS MARTÍ, “Los servicios de información automatizada sobre el crédito”, *Act. Inf.*, núm. 18, 1996, p.1; y LUCAS MURILLO, *El Derecho a la Autodeterminación Informativa*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 108, quien sostiene que “se ha señalado que tres factores sociológicos explican el nacimiento y posterior multiplicación de empresas que, con la tecnología informática, prestan el servicio de facilitar datos personales: 1) la gran extensión del uso del crédito y de las tarjetas de crédito (...)”. Al respecto, BERTI (*RDC*, núm. 5-6, 1996, p. 592 y ss.) considera que puede establecerse un paralelismo entre las operaciones de crédito que realizan los bancos y la actividad aseguradora. En el sector de los seguros se produce una fuerte asimetría informativa entre la clientela y las compañías aseguradoras que provoca situaciones manifiestamente ineficientes. Para poner remedio a esta situación, la Comisión aprobó un Reglamento (Reglamento [CEE 3932/92] de la Comisión de 21 diciembre 1992 relativo a la aplicación del párrafo 3º del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector asegurador, DOCE núm. L 398/7, de 31 de diciembre de 1992) que establece dos principios esenciales aplicables al sector: 1) por una parte, se reconoce que la cooperación entre entidades de seguros permite un mejor funcionamiento del mercado sin falsear la competencia; y 2) por otra, se autoriza el intercambio de información entre aseguradoras en relación con materias como el número de siniestros; el riesgo asegurado; o la indemnización pagada, al objeto de determinar primas meramente indicativas. Pues bien, a juicio del autor italiano, los bancos se encuentran en una situación muy similar a la de compañías de seguros cuando conceden crédito y, por ello, es preciso realizar una interpretación laxa del artículo 81.1 CE respecto de los pactos que pretendan subsanar las deficiencias de la información disponible, de forma similar a lo que ocurre con los seguros.

20 Dadas las peculiaridades del negocio bancario, la quiebra de un banco puede afectar a la credibilidad del conjunto del sistema y arrastrar a todos los demás. Sin embargo, como señala C. FELSENFELD (*Banking Regulation in the United States*, Juris, 2001, p. 69 y ss.), hoy el fenómeno de los pánicos bancarios es cada día más infrecuente por la existencia de fondos de garantía de depósitos. Para una explicación del fenómeno, *vid.* J. MACEY/ G. MILLER, *Banking Law and Regulation*, 2ª Ed., Aspen, Nueva York, 1997, p. 53 y ss.

Finalmente, ha de señalarse que los registros que contienen datos acerca de la solvencia de los clientes cuentan con una honda tradición en el sector bancario²¹. Tradición que ha tenido reflejo tanto en las consideraciones doctrinales sobre los mismos, como en la regulación de que fueron objeto. En efecto, ya en la década de los treinta se abogaba por fomentar la práctica bancaria, por aquellas fechas todavía incipiente, de intercambiar información relativa a la solvencia de sus clientes mediante la constitución de un órgano centralizador de dicha información²². Además, algunas normas legales y reglamentarias hacen referencia a estos registros, en especial al Registro de Aceptaciones Impagadas (RAI), que viene funcionando con notoriedad y pacífica aceptación social desde antiguo²³. En suma, el sector bancario ha sido uno de los primeros mercados en los que se constituyeron los registros de morosos con el objetivo de disminuir los efectos de la falta de pago²⁴.

2. Abundante casuística en relación con los registros de morosos

La mayoría de los expedientes de autorización singular tramitados hasta la fecha por el Tribunal de Defensa de la Competencia guardan relación con solicitudes de autorización de registros de morosos. El sector bancario no constituye una excepción, como se puede comprobar por las numerosas resoluciones adoptadas por el TDC en relación con ficheros sobre la solvencia de los clientes de las entidades de crédito. En primer término, el TDC autorizó el Registro de Aceptaciones Impagadas (RAI), dependiente del Centro de Cooperación Interbancaria, en el que se reúnen los datos de identificación de los aceptantes de letras de cambio impagadas²⁵. En segundo lugar, el Tribunal se ha pronunciado en múltiples ocasiones sobre la autorización de distintos modelos de registros presentados por ASNEF-EQUIFAX Servicios de Información de Crédito S.L., en los que se contenía –con mayor o menor amplitud– información sobre la solvencia de la clientela de las entidades de crédito²⁶. Finalmente, también ha sido objeto de autorización el

21 En esta línea SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE (“Reforma de las normas de funcionamiento del Registro de Aceptaciones Impagadas”, *RDBB*, núm. 43, 1991, p. 889), afirma que es tradicional en la actividad bancaria el intercambio entre los bancos sobre sus clientes, de modo que unas entidades pongan en conocimiento de otras datos relevantes sobre las operaciones concluidas con sus clientes, y muy particularmente, sobre la solvencia de los mismos.

22 *Vid.* ESCARRA (*Principes de Droit commercial*, París, 1936, tomo VI, p. 151 y ss.), quien señala que “*debe progresar la práctica hasta ahora tímida del intercambio de información entre los Bancos sobre sus clientes. Incluso debería crearse un organismo central de información. En el conflicto entre el interés público y el particular que en este caso se produce, debe prevalecer el interés público o colectivo*”.

23 El Registro de Aceptaciones Impagadas de Madrid (RAI) dependía inicialmente del Comité Central de la Banca Española y en virtud de la Ley de Ordenación Bancaria de 1946 pasó a depender del Consejo Superior Bancario. Finalmente, el Centro de Cooperación Interbancaria se hizo cargo del RAI en 1994 como consecuencia de una Orden Ministerial de 13 de mayo de ese año.

24 *Vid.* VICIANO PASTOR (*RGD*, núm. 604-605, 1995, p.783), quien señala que “*el modelo que ha servido para la proliferación de estos registros (es) el propio de los conocidos Registro de Aceptaciones Impagadas (RAI)*”.

25 *Vid.* las resoluciones del TDC de 17 enero 92, expte. A 15/1991; de 30 diciembre 1993, expte. 327/93–RAI; y de 7 octubre 1994, expte. 327/93–RAI-CCI. En relación con el funcionamiento del RAI, pueden consultarse los trabajos de FERNÁNDEZ-ARIAS ALMAGRO, “Morosidad y operaciones de activo”, en *VVAA, Derecho del Mercado Financiero*, t. II, vol. 1, p. 1025 y ss.; y MUÑOZ LOMBARDÍA, “Tratamiento jurídico de las bases de datos de clientes (Incidencia de la LORTAD en los ficheros automatizados)”, en *VVAA, Derecho del Mercado Financiero*, t. II, vol. 1, p. 155 y ss.

26 *Vid.* las resoluciones del TDC de 18 de septiembre de 1992, expte. 33/92; de 8 de junio de 1996, expte. A 164/96–Servicio TRIP/ASNEF; de 7 de julio de 1997, expte. A 209/97–Fichero Asnef-Sic; de 23 de octubre de 1997, expte. 33/92–ASNEF-EQUIFAX 2; de 25 de noviembre de 1997, expte. r 245/97–ASNEF-EQUIFAX 3; de 27 de noviembre de 1997, expte. r 243/97–ASNEF-EQUIFAX 4; de 28 de noviembre de 1997, expte. r 243/97–ASNEF-EQUIFAX 1; de 11 de marzo de 1999, expte. 33/92–renovación autorización ASNEF-EQUIFAX; de 3 de noviembre de 1999, expte. A 239/98–Crédito ASNEF-EQUIFAX; de 10 de mayo de 2000, expte. 33/92–ASNEF-EQUIFAX; de 26 de junio de 2000, expte. A 239/98–modificación autorización singular ASNEF-EQUIFAX; y de 6 de julio de 2001, expte. A 239/98–ASNEF-EQUIFAX.

modelo de registro de morosos presentado por la empresa Servicios de Información Bancaria S.A., para ser utilizado por los miembros del sistema de tarjetas 4B²⁷.

El alto número de expedientes sobre registros de morosos se explica por la interpretación excesivamente formalista del artículo 1 que realiza el TDC, en cuya virtud se estima que toda restricción de la competencia, por nimia que sea, debe ser autorizada por las autoridades *antitrust*²⁸. En opinión del Tribunal, la constitución de un registro de insolventes –siempre y en todo caso– restringe la competencia entre las empresas participantes porque aumenta la transparencia del mercado y facilita el paralelismo de conductas y ello sin tener en cuenta que, por ejemplo, la estructura poco concentrada del mercado puede hacer insignificante el riesgo que entraña el intercambio de información. En este último caso, la puesta en marcha de un registro de morosos no restringe de manera efectiva la competencia y por tanto, no debería considerarse contraria al artículo 1 LDC.

Existe unanimidad entre los autores y la propia autoridad de competencia sobre la conveniencia de buscar una solución a esta ineficiente asignación de los recursos del TDC, con la finalidad de que éste pueda concentrar sus esfuerzos en aquellas conductas que entrañen un verdadero riesgo para el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado²⁹. A estos efectos, se plantean dos posibles remedios: 1) que el Gobierno apruebe un Reglamento de exención por categorías para los registros de morosos; y 2) que el Tribunal realice una interpretación más flexible del artículo 1.1 LDC, que permita la valoración de los efectos procompetitivos de la transmisión de información sobre la solvencia de los clientes en sede del artículo 1 LDC, sin necesidad de acudir al lento y penoso camino de la autorización singular que recoge el artículo 4 LDC³⁰.

Con respecto a la primera hipótesis apuntada, debe recordarse que no es frecuente que el Gobierno apruebe reglamentos de exención³¹ y que, cuando lo ha hecho, se ha limitado a reproducir en el plano interno las disposiciones emitidas por las autoridades comunitarias de competencia³². Mientras dicha política se mantenga, parece

27 *Vid.* las resoluciones del TDC de 7 de octubre de 1994, expte. A 184/96–*Serinban*; y de 2 de abril de 1997, expte. 194/96–*Morosos Información Bancaria 2*.

28 Exceso que, como señala VICIANO PASTOR (*RGD*, núm. 604-605, 1995, p. 781 y ss.), no se corresponde con la importancia económica que tienen esta clase de ficheros.

29 La insatisfacción por el actual tratamiento que reciben los registros de morosos alcanza al propio TDC, el cual alude a la deficiente regulación de las exenciones por categorías en el Derecho español como causa fundamental de la desproporcionada atención que dedica a los ficheros de insolventes. Así, en la Memoria de 1996 (p. 89) se afirma que “*aunque el número de solicitudes de autorización de registros de morosos ha sido elevado, los términos en que la LDC ha dejado establecida la competencia del Gobierno para otorgar exenciones por categorías no han permitido al Tribunal otra actuación que la de resolver individualizadamente cada solicitud*”. En esta línea, en la Memoria de 1995 (p. 59) se reconoce que “*el TDC no encontró ninguna fórmula jurídica que salvaguardando los derechos de los solicitantes y, en especial, la seguridad jurídica de los participantes en los mismos, evitara las molestias de la solicitud de autorización caso por caso. Por un lado, los términos en que se ha establecido en la LDC la competencia del Gobierno para otorgar exenciones por categorías no permiten hacer uso de semejante instrumento en este caso; y, de otro, determinadas Asociaciones de Consumidores y Usuarios han comenzado a alzar su voz discutiendo la legalidad e, incluso, la constitucionalidad de estos registros*”.

30 *Vid.* los comentarios de GINER PARREÑO/TOBÍO RIVAS en los números 52 (1995, p. 45) y 56 (1995, p. 59) de *Derecho de los Negocios*.

31 Hasta el momento, la única iniciativa legislativa del Gobierno en este sentido ha sido el Real-Decreto 157/1992, de 21 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 16/1989, de 17 de julio, *en materia de exenciones por categorías, autorización singular y registro de defensa de la competencia* (B.O.E. núm. 52, de 29 de febrero de 1992).

32 La adopción automática de los Reglamentos comunitarios de exención por categorías como reglamentos internos ha sido criticada por la doctrina. En efecto, las normas comunitarias tienen objetivos distintos (la consecución del Mercado interior, por ejemplo) y son producto de la dilatada experiencia de la Comisión y del Tribunal de Justicia en dicho ámbito, experiencia de la que carecen los órganos españoles.

poco probable que el Gobierno español emita un Reglamento de exención en un ámbito, como es el de los registros de morosos, en el que no existe una norma comunitaria equivalente.

Una segunda alternativa para introducir más flexibilidad en este ámbito consiste en que el Tribunal de Defensa de la Competencia realice una interpretación más económica del artículo 1 LDC, en cuya virtud se considere que el precepto no prohíbe cualquier restricción en la libertad de actuación de los operadores económicos, sino únicamente aquellas que puedan afectar a la competencia efectiva en el mercado. De acuerdo con esta línea de pensamiento, no todos los registros de morosos resultarían contrarios al artículo 1 LDC sino únicamente aquellos en los que, las circunstancias del mercado de referencia o las reglas internas del fichero, permitieran entrever que podrían afectar a las condiciones de competencia en el mercado. En la actualidad, nuestras autoridades de competencia parecen haber adoptado una línea más económica en sus resoluciones, al entender que sólo infringen la competencia los convenios restrictivos de la libertad de las partes que son aptos para limitar la competencia en el mercado³³. Lamentablemente, esta tendencia todavía no se ha puesto de manifiesto en relación con los registros de morosos.

Finalmente, otra posible solución consistiría en el abandono del sistema de autorización previa que contempla nuestra Ley de Defensa de la Competencia y su sustitución por un sistema de excepción legal, en cuya virtud se eliminaría la obligación de notificar los acuerdos restrictivos. Tras la publicación del Proyecto de Reglamento de aplicación de los artículos 81 y 82 CE en el año 2000, esta parece haber sido la solución por la que se han decantado las autoridades comunitarias para reducir la excesiva carga burocrática de la Comisión Europea³⁴. En el régimen actualmente vigente, los acuerdos restrictivos sólo son válidos –tienen fuerza legal ante un tribunal ordinario– cuando se notifican a la Comisión y ésta les concede una exención; de prosperar el proyecto, se entenderá que los acuerdos que cumplen las condiciones del artículo 81.3 CE son *ab initio* válidos y aplicables sin que sea necesaria una resolución administrativa al respecto. Si se aceptan los postulados del proyecto de reforma comunitario, no sería necesario notificar los registros de morosos, sino que bastaría que las empresas analizaran por sí mismas la doctrina consolidada del TDC en la materia, para determinar si el fichero que pretenden poner en marcha cumple las condiciones del artículo 3 LDC.

A pesar de la conveniencia de que se adopte alguna de las soluciones propuestas para lograr una mayor eficiencia en la distribución de la carga de trabajo de las autoridades de competencia, lo cierto es que –hasta la fecha– existe una doctrina inequívoca del TDC en el sentido de que el funcionamiento de un registro de morosos debe ser autoriza-

En consecuencia, da la impresión de que no puede convertirse automáticamente al Derecho interno unas normas que tienen unos presupuestos de orden jurídico y material tan distintos como en el presente caso. *Vid.*, en este sentido, TOBIO RIVAS, “Las exenciones por categorías en el Derecho español de la competencia: el RD 157/1992”, *DN*, núm. 24, 1992, p. 25 y ss.; RUIZ PÉRIAS, “Observaciones respecto a los reglamentos de exención por categorías en el Derecho de la competencia español”, *RGD*, núm. 576, 1992, p. 8367; y MASSAGUER, “Antitrust y licencia de patente y know-how tras la reforma del Derecho español de defensa de la competencia”, *DN*, núm. 19, 1992, p. 28.

33 Como señala GUTIERREZ HERNÁNDEZ (“El nacimiento del principio de *minimis* en el Derecho español sobre la libre competencia”), *La Ley*, núm. 2911, de 22 de octubre de 1999), la doctrina española ha recibido favorablemente la teoría de la aptitud restrictiva de las conductas por cuanto supone el abandono definitivo del examen formalista de los acuerdos que caracterizó al TDC en una etapa anterior, para dar paso al análisis económico de los acuerdos en el contexto del mercado en el que se celebran.

34 Propuesta de Reglamento del Consejo, de 27 de septiembre de 2000, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, y por el que se modifican los Reglamentos (CEE) núm. 1017/68, (CEE) núm. 2988/74, (CEE) núm. 4056/86 y (CEE) núm. 3975/87, COM (2000) 582 final.

do expresamente por las autoridades *antitrust*. Por este motivo, en las páginas siguientes se analizan las condiciones que deben cumplir las entidades de crédito que deseen instaurar un registro de clientes morosos compatible con las normas de competencia.

3. Requisitos para la autorización de los ficheros

El artículo 3.1 LDC establece cuatro requisitos substanciales que deben cumplir las medidas que pretendan ser exceptuadas. El precepto señala que se podrán autorizar por el TDC los acuerdos, decisiones o recomendaciones siempre que: 1) contribuyan a mejorar la producción o comercialización de bienes y servicios; 2) permitan a los consumidores y usuarios participar de sus ventajas; 3) no impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de estos objetivos; y 4) no consientan a las empresas participantes eliminar la competencia respecto de una parte substancial de los productos o servicios contemplados.

3.1 Mejora de la producción o comercialización de bienes y servicios

La LDC declara que las prácticas restrictivas de la competencia se podrán autorizar, en determinadas condiciones, cuando contribuyan a mejorar la producción o la comercialización de bienes y servicios, o a promover el progreso técnico o económico³⁵. El TDC ha declarado reiteradamente que, en determinadas condiciones, los registros de morosos desempeñan “una lícita función de clarificación y saneamiento del tráfico mercantil que contribuye a la mejora de la comercialización de bienes y servicios”³⁶. Los ficheros de insolventes contribuyen al *saneamiento del mercado* en la medida en permiten a los bancos aumentar su rentabilidad ya que, por una parte, les liberan de la pesada carga de tener que realizar continuas provisiones de fondos por insolvencia y, por otra, les permiten cobrar los intereses estipulados por sus activos³⁷. Además, estos registros colaboran en el saneamiento de los otros partícipes en el mercado bancario (los clientes), ya que evitan que éstos incurran en situaciones de sobreendeudamiento amparados por la opacidad del mercado.

Los registros de insolventes cumplen también una función de *clarificación del tráfico mercantil* porque facilitan a los bancos la información que necesitan para hacer una correcta valoración de los riesgos inherentes a toda operación de crédito. Sin embargo, la contribución de los registros de morosos a estos fines no se presupone³⁸,

35 Al respecto, TOBÍO RIVAS (*La autorización de medidas limitativas de la competencia en el Derecho comunitario*, Bosch, Barcelona, 1994, p. 103), sostiene que es difícil deslindar o separar las ventajas mencionadas en este primer presupuesto del artículo 3.1 LDC pues es frecuente que todas o parte de ellas concurren en un mismo acuerdo e, incluso, que algunas de estas ventajas conlleven otras. Ello permite afirmar que es suficiente la obtención de alguno de los objetivos que se enumeran: mejora de la producción; mejora de la distribución; fomento del progreso técnico; o del progreso económico, para que se cumpla este requisito.

36 Resolución del TDC, asunto *Serinban 2*, FD 3.

37 FUENTES (“Impacto de la evolución del riesgo de insolvencia en la actividad de las entidades bancarias”, *PPEE*, núm. 65, 1995, p. 188) sostiene que la existencia de un elevado índice de morosidad afecta a las entidades de crédito fundamentalmente por dos vías: por una parte, porque tienen que realizar provisiones de fondos derivadas de la aplicación de las normas sobre provisión y, por otra, porque dejan de percibir los intereses por sus créditos dudosos.

38 El Tribunal ha denegado la autorización de aquellos registros en los que no había sido acreditada esta utilidad. Así, en la resolución de 8 de junio de 1996, expte. A 164/96–*Servicio TRIP/ASNEF* (FD 4), se rechazó la solicitud de autorización, entre otros motivos, por entender que “de las características del fichero para el que se solicita la autorización no se desprende que su puesta en marcha contribuya a mejorar la comercialización de los servicios que prestan las entidades destinatarias de la información sino que, simplemente, se trata de unificar la información disponible por todas ellas (...) Este intercambio de información no contribuye a ningún progreso sino que evita a las entidades de financiación y crédito realizar ellas mismas sus propias indagaciones, toda vez que elimina factores que van implícitos en toda decisión empresarial”.

sino que es preciso analizar su contenido formal y el contexto en que funcionan para poder determinar si son autorizables³⁹. En el sector del crédito se dan dos circunstancias que permiten concluir que los registros de morosos contribuyen a dicha misión clarificadora: 1) la existencia de un elevado índice de morosidad en situaciones de crisis; y 2) el bajo nivel de concentración del sector bancario. Por una parte, las situaciones de crisis económica se traducen en un elevado nivel de morosidad en el mercado de intermediación bancaria, que permite adoptar una posición favorable respecto de las iniciativas de los competidores que –como los registros de morosos– pretenden poner remedio a esta clase de situaciones⁴⁰. Por otra parte, el mercado bancario español no está concentrado a la vista del elevado número de empresas dedicadas a esta actividad y del dato incontestado de que compiten fuertemente entre sí⁴¹, por lo que resulta aplicable al sector bancario la conocida doctrina comunitaria del caso *UK Agricultural Tractor Registrtion Exchange*: el intercambio de información en mercados poco concentrados favorece la competencia⁴².

3.2 Participación de los usuarios en las ventajas del acuerdo

El artículo 3.1 LDC subordina la autorización de las prácticas restrictivas de la competencia a que de ellas se derive una mejora económica de la que participen directamente los consumidores o usuarios. Por tanto, este presupuesto exige que los consumidores obtengan alguna ventaja de la medida que se autoriza⁴³.

El Tribunal de Defensa de la Competencia suele hacer alusión a esta condición en términos muy vagos, en torno a la idea de que el saneamiento del mercado que se persigue con la constitución de un registro de morosos constituye un beneficio general para los clientes de la banca que debe tenerse en cuenta⁴⁴. En ciertas ocasiones, incluso, el Tribunal omite cualquier referencia al mismo⁴⁵. Únicamente en un caso de los estu-

39 *Vid.* Resolución del TDC de 7 de octubre de 1994, expte. 372/93–RAI–CCI, FD 1.

40 Según el TDC, en situaciones de grave morosidad, como las que atravesaba entonces el sistema financiero español, “es lógico que el conjunto de los acreedores se preocupe por la enorme extensión que en estos momentos está teniendo la morosidad y que exija que se ponga coto a esta situación mediante medidas que sin deprimir la competencia permitan a cada uno de sus miembros tener la información suficiente para que responsablemente pueda otorgar o no el crédito solicitado” (Resolución de 18 de junio de 1992, expte. 33/92, FD 5).

41 *Vid.* Resolución del TDC de 18 de junio de 1992, expte. 33/92, FD 5.

42 *Vid.* Resolución del TDC de 18 de junio de 1992, expte. 33/92, FD 5. No obstante, como indica DEL CARPIO FIESTAS (“El Tribunal de Defensa de la Competencia y los denominados registros de morosos”, *La Ley*, núm. 3813, 1995, p. 3) en algunas resoluciones adoptadas en relación con otros sectores económicos, el TDC ha omitido cualquier mención a este requisito e, incluso, ha concedido la autorización a registros de morosos de asociaciones comerciales cuyos miembros representaban la práctica totalidad del mercado.

43 TOBÍO RIVAS (*La autorización de medidas limitativas*, p. 198) señala que, tradicionalmente, se estimaba que este requisito tenía como finalidad impedir que las ventajas de un acuerdo se las reservasen las empresas participantes en el mismo o, incluso, que repercutiesen sólo en la economía en general; desde este punto de vista, los beneficios del acuerdo debían materializarse en ventajas concretas para los consumidores que se relacionasen con el mismo. Actualmente, se considera que entre los objetivos de este requisito se encuentra también la protección de los consumidores y usuarios.

44 Buena muestra de la imprecisión del TDC a la hora de valorar las consecuencias positivas para los consumidores que se derivan de los registros de morosos la constituye la siguiente afirmación: “si bien no se observan circunstancias que permiten afirmar que los consumidores o usuarios participen de forma directa en las ventajas de la autorización, no es menos cierto que indirectamente estas medidas, que permiten sanear el mercado sin merma alguna de la competencia, constituyen un beneficio general al que debemos atender” (Resolución del TDC de 18 de junio de 1992, expte. 33/92, FD 11). En otros casos el TDC se limita a declarar que los citados registros “cumplen una función de saneamiento (...) permitiendo a los consumidores participar de las ventajas que de ellos se derivan”, sin aclarar en qué consisten efectivamente tales ventajas, (Resolución del TDC de 2 de abril de 1997, expte. 194/96–Morosos Información Bancaria 2, FD 3).

45 *Vid.* las resoluciones del TDC sobre el Registro de Aceptaciones Impagadas (RAI).

diados y tan solo de forma hipotética, el TDC aludió a una ventaja directa para los usuarios bancarios derivada del funcionamiento de los citados ficheros: a saber, tal beneficio se produciría en el caso de que los bancos redujesen los tipos de interés que aplican a los créditos que conceden⁴⁶. Como es sabido, la reducción del índice de morosidad permite a los bancos incrementar su rentabilidad por la vía de mejorar su cuenta de ingresos y gastos. En un clima de fuerte competencia como el actual, en el que las entidades de crédito se ven obligadas a mantener unos márgenes muy ajustados entre ingresos y gastos, cualquier variación favorable en los mismos permite a las entidades rivales optar por políticas comerciales que, al objeto de aumentar su cartera de clientes, ofrecen condiciones más propicias para los consumidores⁴⁷. En concreto, cuando los bancos disponen de mayores márgenes, pueden adoptar políticas de rebaja de los tipos de interés o de reducción de las comisiones que busquen la captación de nuevos clientes sin mermar su cuenta de beneficios. De esta situación se deriva, claramente, un beneficio para los clientes que pueden así acceder a los servicios bancarios en mejores condiciones.

No es esta, sin embargo, la única consecuencia favorable para los consumidores que se puede derivar del funcionamiento de un registro de morosos. No debe olvidarse que en situaciones de grave morosidad, las entidades de crédito buscan soluciones para el quebranto que les supone la falta de pago: en primer lugar, una reacción lógica de los bancos consiste en acudir a otro tipo de actividades bancarias más seguras –como puede ser la inversión en mercados de deuda o el crédito al sector público⁴⁸–; en segundo término, otra solución puede ser la exigencia de mayores garantías a los demandantes de crédito con el fin de asegurarse que se van a cobrar las deudas. En definitiva, cualquiera que sea la solución adoptada, en condiciones de grave morosidad se vuelve más difícil para los consumidores tener acceso al crédito bancario, por cuanto que, de un lado, serán menores las cantidades que los bancos dediquen a esta actividad y, de otro, serán mayores las garantías que se exijan a los consumidores.

Como es sabido, los registros de morosos colaboran a la clarificación del tráfico mercantil y, desde esta perspectiva, también entrañan un beneficio para los consumidores. Ciertamente, los citados ficheros hacen posible que los bancos puedan valorar todas las circunstancias concurrentes en una operación de crédito en un tiempo más reducido y con mayor exactitud. Esta posibilidad beneficia a los clientes por cuanto que se reduce notablemente el tiempo que deberán esperar para obtener, en su caso, el crédito solicitado.

Finalmente, los ficheros de insolventes benefician también a los clientes en las operaciones pasivas, si bien en este caso el beneficio que reportan se observa de un modo indirecto. En este sentido, se estima que en un sistema financiero saneado los depositantes tienen mayores garantías de la devolución de las cantidades depositadas, que en un mercado gravemente afectado por la morosidad⁴⁹.

46 Vid. Resolución del TDC de 8 de junio de 1996, expte. A 164/96–*Servicio TRIP/ASNEF*, FD 4.

47 Vid. ANDREU, “Una década de beneficios bancarios: tendencias, rupturas y peligros estructurales”, *BICE*, núm. 2431, 1994, p. 2853.

48 Vid. FUENTES, (PPEE, núm. 65, 1995, p. 190) quien califica a esta política de los bancos de *huida hacia la calidad*, pues “en este contexto (de elevada morosidad) las entidades bancarias tienden a desplazar su actividad hacia sectores y operaciones menos expuestos, abandonando aquellos sectores en los que se considera que el nivel de riesgo no es asumible ni aun a cambio de unos tipos de interés más elevados; es decir, se experimenta un proceso de huida hacia la calidad”.

49 Vid. CASANOVAS MARTÍ, *Act. Inf.*, núm. 18, 1996, p. 4.

3.3 *Carácter indispensable de las restricciones impuestas*

El artículo 3.1 LDC indica que los acuerdos restrictivos de la competencia no deben imponer a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de los fines que justifican su autorización. En el caso de los registros de morosos constituidos por los bancos, este presupuesto se traduce en las siguientes exigencias concretas:

3.3.1 *Contenido limitado a la información sobre solvencia*

Los registros de morosos deben limitarse a informar a sus miembros de la solvencia de la clientela, por lo que no deben incluir otras informaciones sobre los mismos (como, por ejemplo, los datos referentes a los productos que más suelen utilizar). Tradicionalmente, el Tribunal de Defensa de la Competencia venían entendiendo este requisito en el sentido de que los ficheros sólo podían incluir datos negativos de los clientes -impagos- si bien, en la actualidad, ha cambiado su postura y considera que los registros de morosos pueden incluir también aquellos datos positivos de los clientes que resulten necesarios para valorar la solvencia de la clientela.

En efecto, la postura tradicional del TDC estimaba que esta clase de ficheros sólo podían contener información sobre morosos, es decir, sobre aquellas personas que no cumplen puntualmente con sus obligaciones dinerarias y que, por tanto, perturban el funcionamiento del mercado⁵⁰. La inclusión de otros datos distintos de los relativos a los incumplimientos de las obligaciones dinerarias, se consideraba ajena a la función clarificadora y de saneamiento propia de los registros de morosos⁵¹.

En la actualidad, no obstante, el Tribunal se muestra partidario de que se puedan incluir también en el registro datos positivos, entre los que se incluyen menciones tales como el saldo en la cuenta de crédito, los avales, cauciones y garantías y las operaciones de arrendamiento financiero o la disposición temporal de activos, porque complementan el historial de impagos con información más amplia, siempre orientada a evaluar la capacidad crediticia de los demandantes de crédito⁵².

Este cambio en la doctrina del TDC ha sido bien recibido por un sector de la doctrina, que tradicionalmente venía exigiendo que se dotase de mayor amplitud al contenido de los registros de morosos⁵³. De acuerdo con esta línea de opinión, si la misión de esta clase de ficheros consiste en ofrecer una visión clara de la solvencia de los clientes que permita a los bancos valorar los riesgos inherentes a sus operaciones, no se entiende bien

50 En efecto, el Tribunal rechazaba la extensión del contenido de los registros a datos que fuesen más allá de la comunicación de la morosidad. Así, se afirmaba que “*si el registro de morosos se traduce en una mera información sobre retrasos en los pagos (...) habría que decir que tal registro de morosos puede cumplir una función positiva en la comunidad de negocios en que tal registro opera*”, (Resolución del TDC de 18 de junio de 1992, expte. 33/92, FD 4). En parecido términos, en el asunto *Morosos Información Bancaria 2* se consideraba que el registro “*podía ser objeto de autorización (...) una vez que en sus normas se garantice expresamente que va a contener únicamente información de morosidad, suprimiendo del mismo lo que no sea necesario en un registro de morosos*”, (Resolución del TDC de 2 de abril de 1997, expte. 194/96, F 4).

51 “*Los morosos perturban el funcionamiento del mercado y, por lo tanto, pueden ser autorizados, en determinadas circunstancias y con determinadas características, los registros en los que figuren, pero este no es el caso del fichero TRIP en el que constarían los datos no sólo de los morosos sino de todos los ciudadanos, aunque cumplieran de forma habitual y ordenada con sus obligaciones dinerarias*” (Resolución del TDC de 8 de junio de 1996, expte. A 164/96–Servicio TRIP/ASNEF, FD 5).

52 *Vid.* Resolución del TDC de 3 de noviembre de 1999, expte. A 239/98–Crédito ASNEF-EQUIFAX, FD 5 y 6.

53 *Vid.* ALONSO MARTÍNEZ, “Prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito (Comentarios al artículo 28 de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal)”, *Act. Inf.*, núm. 18, 1996, p. 1; CASANOVAS MARTÍ, *Act. Inf.*, núm. 18, 1996, p. 1; y MUÑOZ GUTIERREZ, *Act. Inf.*, núm. 18, 1996, p. 11.

porqué la información contenida en los mismos debía limitarse a los datos sobre incumplimientos. Para conocer la solvencia de una persona, tan importante es conocer los datos sobre los cumplimientos de sus obligaciones, como los relativos a los incumplimientos⁵⁴.

La admisión de los datos positivos es consecuente con la regulación de los registros de morosos que hace la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal, cuyo artículo 29 señala que los ficheros sobre solvencia patrimonial y crédito incluirán los datos relativos al cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones dinerarias que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica de los individuos.

3.3.2 Posibilidad de rehabilitación

El Tribunal sostiene que debe ser posible la rehabilitación del moroso, es decir, que las normas de funcionamiento del registro contemplen la posibilidad real de dar de baja al mal pagador que ha sido objeto de inscripción. La ausencia de una oportunidad racional de rehabilitarse supone la concesión de un poder enorme a las entidades informantes y además dificulta el acceso al mercado de nuevos competidores⁵⁵.

La cuestión decisiva consiste en determinar qué se entiende por *oportunidad racional de rehabilitarse*. El TDC ha declarado que para determinar si las normas relativas a la baja en el registro del moroso inscrito responden a criterios de racionalidad o si, por el contrario, contiene exigencias que pueden considerarse abusivas o innecesarias para los fines del acuerdo, es necesario tener en cuenta la situación económica del mercado⁵⁶. Cuanto mayor sea el grado de morosidad en presencia en las operaciones de crédito, más fácilmente se comprende que las normas de funcionamiento del registro prevean condiciones para ser rehabilitado más estrictas⁵⁷.

En relación con el requisito de la caducidad de los datos adversos, es interesante observar que, en un caso, el TDC declaró que no se vulneraba esta exigencia por el hecho de que las normas de funcionamiento de un fichero dispusiesen que los quebrados no podían ser dados de baja nunca⁵⁸. Esta rigidez con los fallidos resulta hoy contraria a la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal, cuyo artículo 29.3 señala un límite temporal a la permanencia de los datos en el registro: los datos sobre la solvencia económica, si son adversos, no podrán referirse a más de seis años⁵⁹.

54 *Vid.* MUÑOZ-GUTIERREZ, *Act. Inf.*, núm. 18, 1996, p. 11.

55 En efecto, “*si no se da oportunidad racional -en términos de racionalidad económica- de rehabilitarse a quien fue incluido en dicho registro, puede suceder que esa condena a perpetuidad impida la renovación de la clase de los comerciantes, al mismo tiempo que da un poder inconmensurable a los prestamistas alterando así de manera definitiva las condiciones de acceso y permanencia en ese mercado*”, (Resolución del TDC de 18 de septiembre de 1992, expte. 33/92, FD 4).

56 Ciertamente, el Tribunal declara que “*la rehabilitación es necesaria para mantener el mercado (...)* Ahora bien, *si el límite ha de ser fijado o no en un quinquenio es algo que es necesario poner en conexión con la situación del mercado, que es la que nos puede indicar si es o no abusivo exigir dicho tiempo*”, (“ (Resolución del TDC de 18 de septiembre de 1992, expte. 33/92, FD 4).

57 En concreto, en el caso primer caso planteado por ASNEF (Resolución del TDC de 18 de septiembre de 1992, expte. 33/92, FD 4), el Tribunal afirmó que la exigencia de cinco años sin deudas (con saldo cero) para ser dado de baja en el fichero, no podía considerarse abusiva si se tenía en cuenta la situación de morosidad en el mercado del crédito.

58 *Vid.* Resolución del TDC de 18 de septiembre de 1992, expte. 33/92, FD 4.

59 Los avances tecnológicos permiten disponer de información sobre una persona de forma casi inmediata, con independencia del tiempo que lleven los datos almacenados en una base informática. Como dice LUCAS MURILLO (*Informática y protección de datos personales*, Centro Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 69) “*los sistemas informáticos no olvidan*”. La propia Exposición de motivos de la Ley de Protección de Datos reconoce que en la actualidad ha desaparecido la frontera de la privacidad que antes representaba el tiempo. Se plantea, entonces, la necesidad de que el Ordenamiento jurídico arbitre sistemas para proteger a la persona del abuso de la informática). Ello no obstante, MUÑOZ GUTIERREZ, (*Act. Inf.*, núm. 18, 1996, p. 14) critica la inclusión de este límite temporal al almacenamiento de datos negativos sobre una persona porque entiende que perjudica al acreedor que puede mantener todavía una deuda viva y se ve obligado a cancelar su registro.

3.4 No eliminación de la competencia respecto de un parte substancial del mercado

Por último, el artículo 3.1 LDC exige que los acuerdos que se autoricen no entrañen la eliminación de la competencia respecto de una parte substancial del mercado considerado. En particular, los registros de morosos en los que participan las entidades de crédito deben cumplir los siguientes presupuestos:

3.4.1 Políticas comerciales independientes

Las normas de funcionamiento de los registros de morosos han de garantizar la libertad de las entidades de crédito asociadas para fijar su política comercial en relación con el moroso inscrito. Los acuerdos de información pueden suponer un grave quebranto para las condiciones de competencia en el mercado pues cuando los competidores disponen de información detallada sobre sus respectivas políticas comerciales, se vuelve mucho más fácil para ellos actuar concertadamente. En concreto, el establecimiento de un registro de morosos entraña el riesgo de que los competidores adopten una respuesta uniforme frente a los clientes inscritos en el mismo; si como consecuencia del funcionamiento de un registro de morosos las entidades asociadas adoptan una conducta uniforme que consista en la denegación por todas las entidades adheridas de cualquier oportunidad de crédito al moroso inscrito, resulta evidente que esta práctica lleva implícito el reconocimiento de la facultad de expulsar del mercado a los individuos con problemas de solvencia.

La gravedad de una conducta concertada como la descrita es manifiesta si se tiene en cuenta la posición en que deja a cada uno de los operadores en el mercado. Frente a unas entidades demandantes de crédito atomizadas y que actuarían individualizadamente, nos encontraríamos con unas entidades de crédito que se comportarían aunando esfuerzos, de manera que ejercerían un poder de mercado inmenso a través de la facultad de juzgar quien tiene o no la solvencia suficiente para acceder y permanecer en el mercado del crédito. Se perfila de este modo una situación inadmisibles desde el punto de vista del derecho de la competencia.

Para evitar tales consecuencias negativas, el TDC ha ido perfilando las condiciones que debe satisfacer un fichero de insolventes para garantizar la actuación independiente en el mercado de las entidades de crédito asociadas. En algunas ocasiones, el Tribunal declara que para garantizar que se cumpla este presupuesto es suficiente con que de las normas de funcionamiento del registro se deduzca o infiera el respeto a la independencia de los asociados para fijar sus políticas comerciales⁶⁰. No obstante, en otros casos, el Tribunal se muestra más estricto y exige que se incluya en las normas de funcionamiento del registro un precepto que expresamente reconozca la independencia de las entidades asociadas⁶¹.

60 Vid. las resoluciones del TDC de 7 de octubre de 1994, expte. 327/93-RAI-CCI (FD 4) y de 18 de septiembre de 1992, expte. 33/92 (FD 4 y 5) en la que, para mayor seguridad, el Tribunal declaró que el Servicio de Defensa de la Competencia debía adoptar una actitud vigilante para garantizar que las prácticas colusorias no fuesen llevadas a cabo, aun en el caso de que de las normas de funcionamiento de los citados registros no se infiriese la posibilidad de colusión.

61 En particular, en el caso RAI, el TDC declaró que el Consejo Superior Bancario debía dirigir una circular a las entidades asociadas en la que se declarase expresamente que “es una información utilizable por ellas de forma individual para orientar su política comercial, pero que están prohibidos los comportamientos homogéneos concertados o respuestas colectivas a esta información” (Resolución de 30 de diciembre de 1993, expte. 327/93, FD 8).

3.4.2 Libertad de adhesión al registro

La regulación interna del registro debe garantizar que la adhesión al fichero por parte de sus usuarios tenga carácter voluntario. Esta exigencia implica que cuando en el seno de una asociación comercial se acuerde la constitución y funcionamiento de un registro de morosos, cada una de las entidades asociadas ha de ser libre para decidir si desea o no participar en el fichero. Se valora como garantía del carácter libre de la asociación tanto el hecho de que las normas de funcionamiento regulen la incorporación sucesiva de las entidades al fichero, como la circunstancia de que la participación en el registro sea entendida como un derecho y no como una obligación⁶².

El Tribunal de Defensa de la Competencia ha precisado que la voluntariedad de la adhesión debe matizarse en el caso de asociaciones que tienen como finalidad esencial la obtención de un servicio de control de morosos. En estos casos, la exigencia de una doble adhesión, inicialmente a la asociación y con posterioridad al registro, no haría otra cosa que crear una dualidad de asociaciones o de categorías de socios que en nada beneficia a la competencia. En estos términos, la adhesión al registro puede entenderse que es voluntaria, en la medida en que la incorporación a la Asociación –que responde a la finalidad de controlar a los morosos– tiene dicho carácter⁶³.

Por otra parte, para que la exigencia de la voluntariedad en la participación en el registro se cumpla, es evidente que no es suficiente con que se garantice que la adhesión al mismo es libre, sino que es necesario que la salida de los asociados sea –igualmente– voluntaria⁶⁴.

3.4.3 Condiciones para dar de alta o de baja objetivas

Las disposiciones internas relativas tanto al alta y a la baja en el registro, como a la modificación de los datos inscritos en el mismo, deben ser objetivas e iguales para toda clase de clientes⁶⁵. Los registros de morosos cumplen la función de facilitar a las entidades de crédito asociadas un conocimiento preciso de aquellos datos que permiten valorar el grado de riesgo que el prestamista asume al realizar una operación de crédito. Por lo tanto, resulta necesario impedir que la decisión sobre la inclusión de un mal pagador en el fichero quede en manos de las entidades informantes, en cuyo caso, el registro de morosos, en lugar de ofrecer una imagen fiel de la solvencia de los demandantes de crédito, suministraría una visión distorsionada por apreciaciones subjetivas.

62 Vid. Resolución del TDC de 7 de octubre de 1994, expte. 327/93–RAI-CCI, FD 3.

63 Vid. Resolución del TDC de 18 de septiembre de 1992, expte. 33/92, FD 6.

64 La libertad de los usuarios del registro de morosos para darse de baja en el mismo ha sido reconocida en la doctrina general del TDC sobre los registros de morosos: por ejemplo, en el caso de los *Fabricantes de Sacos de Papel* (Resolución del TDC de 17 enero 1994, expte. A 55/93, p. 49 y ss.).

65 Como afirma el TDC, “no puede ser que algo tan grave como la inclusión en una lista de malos pagadores quede al arbitrio de la entidad que concede el crédito. O se es mal pagador o no se es. Pero el criterio ha de ser objetivo, lo que redunde, de paso sea dicho, en el mejor funcionamiento del sistema, ya que una de las ventajas de un registro de morosos es, sin duda, que en la comunidad financiera se consiga un trato igual para los deudores a fin de evitar la morosidad excesiva saneando de esta forma el mercado. No se trata, evidentemente, de fomentar una respuesta colectiva, que es algo estrictamente prohibido. Se trata de ofrecer un conocimiento real y no distorsionado del mercado, como ocurriría si las entidades incluyeran o no en el registro a sus deudores en función de circunstancias personales ajenas al hecho objetivo del impago” (Resolución del TDC de 18 de septiembre de 1992, expte. 33/92, FD 8).

Además, cuando las condiciones de inclusión y baja en el registro no son objetivas, se faculta a las entidades informantes para emplear la amenaza de la inscripción en el registro como un importante elemento de coacción en sus relaciones comerciales, lo cual es ajeno a la finalidad informativa que justifica su funcionamiento⁶⁶.

3.4.4 No tratamiento de los datos

El órgano centralizador de la información debe abstenerse de manipular los datos recogidos en el registro, de manera que la información se transmita objetivamente. El intercambio de información sobre la solvencia económica de los clientes puede llevarse a cabo tanto por medio del intercambio directo de los datos entre las entidades de crédito, como a través de una entidad o asociación que centralice la información que recibe de los acreedores. En el último caso, las normas de funcionamiento del fichero deben garantizar “*la no elaboración de los datos por parte del órgano que centraliza la información, de modo que ésta se transmita objetivamente*”⁶⁷.

Este requisito obedece a una finalidad doble: a) evitar que el órgano encargado del registro emita recomendaciones colectivas; y b) garantizar objetividad de la información. Respecto del primero de los objetivos propuestos, existe la tentación de que el órgano transmisor de la información introduzca, junto con los datos relativos a la morosidad, alguna nota, aclaración o recomendación que pueda incitar a una conducta paralela prohibida por el artículo 1 LDC; el Tribunal ha declarado que “*en ningún caso el Registro debe servir de pretexto para recomendaciones o acuerdos prohibidos por el Art. 1*”⁶⁸.

La exigencia de que los datos no sean tratados responde, asimismo, a la preocupación constante porque los registros de morosos cumplan su función de facilitar a las empresas asociadas una visión clara y completa de la solvencia de los clientes. En estas circunstancias, el órgano centralizador de la información deberá abstenerse de clasificar, calificar o cualquier otra forma de elaboración de la información que transmite.

4. Inaplicabilidad de la excepción que contempla el art. 2.1 LDC

El artículo 2 LDC, bajo la denominación de *Conductas autorizadas por Ley*, contiene una excepción al artículo 1 que consiste en que las prohibiciones de dicho precepto no son aplicables cuando las prácticas restrictivas de la competencia resulten de la aplicación de una Ley o de las disposiciones reglamentarias que se dicten en aplicación de una Ley. La aplicabilidad de este precepto a los registros de morosos establecidos por la banca se ha planteado tanto por la existencia de diversas regulaciones bancarias que los contemplan, como por el reconocimiento de los ficheros de insolventes que realiza la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal.

Por una parte, durante la tramitación de los expedientes sobre el Registro de Aceptaciones Impagadas, el Consejo Superior Bancario alegó que existían una serie de normas que regulaban el RAI y que, a su juicio, permitían estimar que dicho registro constituía una conducta resultante de la aplicación de una Ley. El Tribunal desestimó

66 Con objeto de mejorar la objetividad del reflejo del hecho del impago y de avanzar en la transparencia del registro, el TDC llegó a exigir en un expediente que se hiciese constar en el fichero que se había realizado la oposición judicial al pago, cuando sea el caso, basada en las excepciones que contempla la Ley 19/1985, Cambiaria y del Cheque (*Vid.* Resolución de 7 de octubre de 1994, expte. 327/93-RAI-CCI, FD 7.). Al respecto, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, “Autorización por el Tribunal de Defensa de la Competencia del Registro de Aceptaciones Impagadas (RAI)”, *RDBB*, núm. 54, 1994, p. 544) manifiesta su extrañeza por la exigencia de esta condición porque entiende que no guarda relación alguna con los principios inspiradores del Derecho de la Competencia.

67 *Vid.* Resolución del TDC de 7 de octubre de 1994, expte. A 184-96-Serinban, Informe del SDC.

68 *Vid.* Resolución del TDC de 1 julio 1993, expte. 39/92-Asesport, FD 1.

esta alegación por entender que las normas citadas carecían del rango de Ley que exige el artículo 2.1 para autorizar una conducta⁶⁹. Es más, tampoco la singular naturaleza de las entidades encargadas de la gestión del RAI, esencialmente de base privada, apoyaba la tesis de la aplicabilidad de la excepción⁷⁰.

Por otra parte, cabe plantearse si el reconocimiento de los registros de morosos que hace el artículo 29 de la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal puede suponer que estos ficheros merezcan la calificación de *prácticas que resultan de la aplicación de una Ley* en el sentido del art. 2.1 LDC. Sin perjuicio de lo que se dirá más adelante sobre la citada Norma, la respuesta a esta cuestión ha de ser necesariamente negativa dado que el bien jurídico protegido por ambas disposiciones es diferente. En efecto, la Ley de Protección de Datos tiene por objeto la protección de la intimidad de las personas frente a los ataques que se pueden producir gracias al avance de la técnica, por lo que difícilmente se puede considerar que una Ley de estas características podría amparar un acuerdo que –aun siendo respetuoso con la intimidad personal– vulnerase los más elementales principios de la normativa *antitrust*⁷¹.

Finalmente, interesa detenerse en una cuestión relacionada con la excepción del art. 2.1 LDC y que se refiere a la invocación, como fundamento para la autorización de un registro, del hecho de que estuviese funcionando un fichero de naturaleza pública de similares características al que se quiere constituir. En el caso *Servicio TRIP/ASNEF*, la solicitante declaró que el fichero TRIP coincidía substancialmente con el que prestaba la Central de Información de Riesgos del Banco de España y que, por lo tanto, el servicio que venía prestando un ente público en régimen de competencia podía ser también efectuado por una entidad privada⁷². El TDC declaró que dichos registros tenían una naturaleza y contenido distintos por lo que no se podía aceptar el razonamiento propuesto; el registro del Banco de España obedece a un interés público, la seguridad del sistema financiero, y contiene una información substancialmente más reducida que la que se pretendía recoger en el fichero TRIP⁷³.

69 En primer lugar, el CSB se refirió a un Decreto de 16 de noviembre de 1950 que aprobó el Reglamento de dicho Consejo y que afirmaba que el RAI estaba entre las unidades o servicios administrativos necesarios para el cumplimiento de sus fines. Sin embargo, el TDC precisa que cuando en el Decreto se regulaban las funciones del CSB no se citaba entre ellas el mantenimiento de un registro de aceptaciones impagadas. En segundo lugar, la Ley de Ordenación Bancaria de 31 de diciembre de 1946, que decretaba la creación del CSB, establecía que el Consejo Superior Bancario era una continuación del Comité Central de la Banca Española, que hasta la fecha se había encargado de la gestión del RAI de Madrid. En contra de esta tesis, el TDC entiende que dicha continuación lo es en lo que hace a su organización administrativa y patrimonial pero no en cuanto a sus funciones. Finalmente, el Tribunal también tuvo en cuenta para denegar la posibilidad de aplicar el art. 2.1, que si bien la Orden Ministerial de 13 de febrero de 1963 autorizaba al Banco de España a la reorganización del RAI, el banco emisor sólo había hecho un uso muy limitado de dicha facultad.

70 Por una parte, el propio Consejo Superior Bancario tenía una naturaleza especial, que en lo esencial respondía al esquema de corporaciones sectoriales de base privada, aunque con una fuerte intervención administrativa; y, por otra, no hay que olvidar que si bien el CSB se encargaba de la gestión del RAI de Madrid, el resto de los registros eran gestionados por juntas o comisiones de bancos o por cámaras de compensación bancaria. Durante la tramitación del expediente se produjeron cambios en la organización del RAI que consistieron, básicamente, en el paso de diversos registros provinciales a uno nacional. Este cambio, a juicio del TDC, no altera la singular naturaleza de los órganos gestores del RAI, sino que “*lo que muestra este cambio es que los registros provinciales, que eran gestionados por las juntas provinciales de bancos o cámaras de compensación bancaria y de los que lógicamente no se había invocado su excepción de aplicabilidad del artículo 1 LDC por una Ley, se integran en el RAI actual. Todo ello apoya la posición del TDC antes expuesta*”, (Resolución del TDC de 30 de diciembre de 1993, expte. 327/93–RAI; FD 3).

71 Vid. VICIANO PASTOR, *RGD*, núm. 604-605, 1995, p. 788.

72 La solicitante argumentaba que “*había que concluir que o el servicio prestado por el Banco de España supone restricciones de la competencia o, en caso contrario, no hay motivo para que los servicios no monopolizados que presta una Entidad pública no los pueda prestar una entidad privada*”, (Resolución del TDC de 8 de junio de 1996, expte. A 164/96– *Servicio TRIP/ASNEF*, Antecedente de Hecho 9).

73 Vid. Resolución del TDC de 8 de junio de 1996, expte. A 164/96– *Servicio TRIP/ASNEF*, FD 6.

5. Incidencia de la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal.

Cuando se trata de enjuiciar la legalidad de los registros de morosos no sólo se deben tener en cuenta los principios enunciados en la legislación de competencia, pues no cabe desconocer que en este ámbito desempeñan un papel destacadísimo las disposiciones dirigidas a proteger la esfera privada de los individuos. En nuestro país, de esta materia se ocupa la L.O. 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal que regula expresamente las empresas que prestan servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito⁷⁴. La L.O. 15/1999 desarrolla el contenido del artículo 18.4 de la Constitución que emplaza al legislador a limitar el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad de las personas y el pleno ejercicio de sus derechos. Esta preocupación de la Norma Fundamental obedece, como dice la Exposición de Motivos de la Ley, a que “*el progresivo desarrollo de las técnicas de recolección y almacenamiento de datos y de acceso a los mismos ha expuesto a la privacidad (...) a una amenaza potencial antes desconocida*”. En efecto, los avances de la informática y las comunicaciones han hecho desaparecer las fronteras de la privacidad que representaban el tiempo y el espacio puesto que, gracias a estas innovaciones, es posible disponer casi inmediatamente de todos los datos relativos a una persona, con independencia del lugar en que tales datos hayan sido recogidos o el tiempo que lleven almacenados⁷⁵.

La vigente Ley 15/1999 derogó la anterior Ley Orgánica 5/1992 de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal (LORTAD)⁷⁶, que había supuesto una adaptación anticipada de los principios de la Propuesta Modificada de Directiva del Consejo (92/C 311/04) de 16 de octubre de 1992⁷⁷, la cual se inspiraba, a su vez, en el Convenio 81 del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal⁷⁸. La promulgación definitiva en el ámbito comunitario de la Directiva (95/46/CE) sobre protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento y circulación de datos personales⁷⁹, introdujo novedades significativas en la materia que obligaron al legislador español a aprobar la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal actualmente en vigor⁸⁰.

74 B.O.E. núm. 298, de 14 de diciembre de 1999.

75 En torno a la razón de ser de la regulación específica del tratamiento de datos personales *vid.*, entre otros, LUCAS MURILLO, *El Derecho a la Autodeterminación Informativa*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 104; e *Informática y protección de datos personales (Estudio sobre la Ley Orgánica 5/1992, de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p.17; DAVARA RODRIGUEZ, *Derecho Informático*, Aranzadi, Pamplona, 1993, p. 36; VELÁZQUEZ BAUTISTA, *Protección Jurídica de Datos Personales Automatizados*, Colex, Madrid, 1993, p. 1 y ss.; y ORTI VALLEJO, *Derecho a la intimidad e informática (Tutela de la persona por el uso de ficheros y tratamiento informático de datos personales. Particular atención a los ficheros de titularidad privada)*, Comares, Granada, 1994, p. 1 y ss.

76 Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal, B.O.E. núm. 262, de 31 de octubre de 1992.

77 Propuesta Modificada de Directiva del Consejo (92/C 311/04) relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos de 16 de octubre de 1992, DOCE núm. C 311/10, de 27 de noviembre de 1992.

78 El Convenio, alcanzado en Estrasburgo el 28 de enero de 1981, fue ratificado por nuestro país y entró en vigor el 1 de octubre de 1985.

79 Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo (95/46/CE) relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, de 24 de octubre de 1995, DOCE núm. L 281/31, de 23 de noviembre de 1995.

80 *Id.*, entre otros, FERNÁNDEZ LÓPEZ, “La nueva Ley de Protección de Datos de Carácter Personal de 13 de diciembre de 1999. Su porqué y sus principales novedades”, *Act. Inf.*, núm. 34, 2000, p. 1 y ss.

La Ley de Protección de Datos regula la prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito en su artículo 29, declarando que las empresas dedicadas a estos servicios sólo podrán tratar datos de carácter personal obtenidos de fuentes accesibles al público, así como los facilitados por los propios interesados. También se podrán tratar datos relativos al cumplimiento incumplimiento de obligaciones dinerarias facilitados por el acreedor o quien actúe en su cuenta. En todo caso, el precepto sólo permite conservar datos que sean relevantes para determinar la solvencia de los afectados y que no se refieran, cuando sean adversos, a más de seis años⁸¹.

En consecuencia, cuando una o varias empresas tengan intención de constituir un fichero en el que se recoja información sobre morosidad de usuarios bancarios, deberán tener en cuenta tanto las normas de defensa de la competencia como la normativa sobre tratamiento de datos de carácter personal. Disposiciones que, sin embargo, tienen unos presupuestos muy diferentes. En primer lugar, mientras que la LDC tiene como finalidad el mantenimiento de una competencia efectiva entre las empresas rivales, la Ley de Protección de Datos responde a la preocupación por proteger la privacidad de las personas frente a los avances de la informática⁸². En segundo término, la LDC tiene un ámbito de aplicación más amplio que la Ley de Protección de Datos, puesto que mientras esta última se aplica –en principio– a los ficheros que recogen los datos, la LDC resulta aplicable para cualquier intercambio de información⁸³. Finalmente, ambas disposiciones difieren en el órgano encargado de velar por su observancia; así, el Tribunal de Defensa de la Competencia es el órgano competente para aplicar la normas de defensa de la competencia y la Agencia de Protección de Datos para aplicar las disposiciones que protegen la privacidad de los individuos.

A pesar de todo ello, las relaciones entre ambas normativas no es sencilla si se tiene en cuenta que el Tribunal de Defensa de la Competencia suele declarar que el cumplimiento de determinadas condiciones que están también recogidas en la Ley Orgánica 15/1999, constituye un factor que favorece la concesión de la autorización: ¿Quiere ello decir que el TDC es más proclive a autorizar los registros de morosos cuando cumplen las condiciones que la normativa de protección de datos exige para asegurar el respeto a la intimidad personal?⁸⁴.

81 “Artículo 29: 1. *Quienes se dediquen a la prestación de servicios de información sobre la solvencia patrimonial y el crédito sólo podrán tratar datos de carácter personal obtenidos de los registros y las fuentes accesibles al público establecidos al efecto o procedentes de informaciones facilitadas por el interesado o con su consentimiento 2. Podrán tratarse también los datos de carácter personal relativos al cumplimiento de obligaciones dinerarias facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés. En estos casos se notificará a los interesados respecto de los que hayan registrado datos de carácter personal en ficheros, en el plazo de treinta días desde dicho registro, una referencia de los que hubiesen sido incluidos y se les informará de su derecho a recabar información de la totalidad de ellos, en los términos establecidos en la presente Ley 3. En los supuestos s que se refieren los dos apartados anteriores, cuando el interesado lo solicite, el responsable del tratamiento le comunicará los datos, así como las evaluaciones y apreciaciones que sobre el mismo hayan sido comunicadas durante los últimos seis meses y el nombre y dirección de la persona o entidad a quien se hayan revelado los datos 4. Sólo se podrán registrar y ceder los datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica de los interesados y que no se refieran, cuando sean adversos, a más de seis años, siempre que respondan con veracidad a la situación actual de aquéllos”.*

82 Cfr. las Exposiciones de Motivos de ambas disposiciones.

83 El artículo 2.1 Ley de Protección de Datos establece que el ámbito de aplicación de la citada Ley se extiende a los datos de carácter personal que figuren en ficheros y a toda modalidad de difusión posterior. Por el contrario, la LDC tiene un ámbito de aplicación más amplio porque se aplica a todo intercambio de información entre empresas pertenecientes a un mismo sector económico, con independencia de que medie ningún fichero o base de datos. Desde esta última perspectiva, los ficheros en los que un empresario reúne información sobre sus clientes quedan excluidos de la LDC y únicamente cuando dicha información se pone en común con otro competidor, las normas de competencia resultan ya aplicables.

84 Es frecuente que el TDC valore como circunstancias que favorecen la concesión de una autorización, condiciones recogidas en la Ley Orgánica 15/1999, tales como 1) el *reconocimiento del derecho de*

La respuesta a esta cuestión ha de ser necesariamente negativa. El TDC ha declarado reiteradamente que en sus resoluciones sólo se ocupa de los efectos que un registro puede tener sobre la competencia: “no es función de este Tribunal (...) la defensa de la intimidad de las personas, pues este bien jurídico debe ser protegido por la Agencia de Protección de Datos. Por el contrario, su función se extiende a analizar si un acuerdo prohibido por el art. 1 de la LDC puede ser objeto de autorización singular por concurrir determinadas circunstancias que aconsejen su autorización”⁸⁵. Cuando el Tribunal tiene que decidir sobre la oportunidad de la autorización de un registro de morosos, “se trata de realizar en cada caso concreto una valoración de los efectos negativos que para la competencia tiene un acuerdo, decisión o práctica y compararlo con los aspectos positivos que del mismo se puede producir”⁸⁶. En suma, cuando las autoridades *antitrust* toman como criterio que favorece la autorización una condición expresamente regulada en la Ley de Protección de Datos, no lo hace con el fin de velar por el cumplimiento de las condiciones recogidas en la citada norma, sino que lo hace simplemente porque considera que de dicha circunstancia se derivan efectos positivos para las condiciones de competencia en el mercado. Por este motivo, *a sensu contrario*, el Tribunal no denegará la autorización de un registro de morosos por el hecho de que no cumpla las garantías exigidas en la Ley Orgánica 15/1999⁸⁷.

acceso a los interesados o 2) la delimitación de la responsabilidad por la gestión del fichero. Así, por ejemplo, en el caso ASNEF, el TDC declara que es positivo que el titular del registro permita a los interesados tener acceso al registro para conocer su situación y depurar posibles errores (FD 9). Posteriormente, la Ley de Protección de Datos otorgó rango legal a esta exigencia, al regular en su art. 14 el derecho de acceso. En esta línea, en el caso RAI, el Tribunal afirma que, además de permitirse el acceso a los interesados, el registro de morosos había sido mejorado por medio de la introducción de normas que aseguraban tanto la confidencialidad de los datos como la responsabilidad de los informantes; condiciones estas, que ya se encontraban recogidas expresamente en la citada Ley Orgánica (FD 5). Finalmente, en el caso Serinban, el TDC recuerda la idea de que los registros de morosos, para ser autorizados, deben delimitar claramente la responsabilidad de la gestión del registro (FD 3).

85 *Vid.* Resolución del TDC de 8 de junio de 1996, expte. A 164/96– Servicio TRIP/ASNEF, FD 3.

86 *Vid.* Resolución del TDC de 8 de junio de 1996, expte. A 164/96– Servicio TRIP/ASNEF, FD 3.

87 En concreto, en el caso *Servicio TRIP/ASNEF*, el TDC declaró que “en opinión de este Tribunal algunas de las informaciones que contarían en el fichero, en el supuesto de ser autorizado, están rozando datos que pueden afectar a la intimidad de las personas (...) Ello no obstante, ha de quedar constancia que no son estos los motivos que justifican la denegación (de la autorización), sino los anteriormente expuestos que tienen directa relación con la defensa de la competencia” (Resolución del TDC de 8 de junio de 1996, expte. A 164/96, FD 7).