



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 611/2016, de 7 de octubre de 2016

Sala de lo Civil

Rec. n.º 642/2014

SUMARIO:

Contratos bancarios. Cuentas corrientes. Transferencias de dinero. Prevención del blanqueo de capitales. Acciones declarativa, de cesación y de prohibición de competencia desleal. Empresa que entre otras actividades, se dedica a envíos de dinero fuera de España con autorización de Banco de España y para el desarrollo de su actividad requiere, por disposición legal, la utilización de cuentas en entidades de crédito que operen en España a través de las cuales canaliza su actividad. El cierre de esas cuentas corrientes por las propias entidades de crédito en aplicación de la normativa de prevención del blanqueo de capitales, es una medida justificada y proporcionada y no un acto desleal. Para apreciar el carácter justificado de las medidas de diligencia debida adoptadas por una entidad de crédito respecto de un cliente que sea entidad de pago, uno de los elementos a tomar en consideración es la afectación que esas medidas puedan causar al principio de libre competencia entre personas que operan en el mismo mercado, puesto que la normativa que prevé la adopción de estas medidas ha de interpretarse a la luz de los principios generales del Derecho de la Unión, entre los que está el de libre competencia. No basta con la existencia de un riesgo genérico. Es necesario que se aprecien hechos concretos que informen sobre la existencia de un riesgo de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo, y en este caso, se constataron numerosas irregularidades en el envío de fondos por la entidad de pago demandante, que constituían indicios de actividad de blanqueo de capitales. No existe constancia de que puedan adoptarse otras medidas menos restrictivas que logren el mismo nivel de protección que la finalización de la relación de negocio, habida cuenta de la gravedad y características de los indicios de blanqueo de capitales detectados. (Vid., STJUE, de 10 de marzo de 2016, C-235/14).

PRECEPTOS:

Directiva 2005/60/CE (prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo), arts. 5, 7, 9.5, 11.1 y 13.

Ley 3/1991 (competencia desleal), arts. 4, 5.2 y 16.2.

Ley 10/2010 (Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo), arts. 7.3, 9.1, 11 y 24.

PONENTE:

Don Rafael Saraza Jimena.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 7 de octubre de 2016



www.civil-mercantil.com

Esta sala ha visto el recurso de casación respecto de la sentencia núm. 726/2013 de 20 de diciembre, dictada en grado de apelación por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Bizkaia , como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 1/2012 del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao, sobre competencia desleal. El recurso fue interpuesto por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., representado por la procuradora D.ª Ana María Llorens Pardo y asistido por la letrada D.ª Nuria Sánchez Muñoz. Es parte recurrida Money Express Transfer, S.A., representada por la procuradora D.ª Fuencisla Almudena Gozalo Sanmillán y asistida por el letrado D. Antonio Selas Colorado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Tramitación en primera instancia.

1.- La procuradora D.ª Aranzazu Alegría Guereñu, en nombre y representación de Money Express Transfer, S.A., interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. y Banco Popular Español, S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

«[...] Declarando que con los hechos descritos en el relato fáctico Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. y Banco Popular, S.A. han cometido actos de competencia desleal, debiendo cesar en los mismos y abstenerse en el futuro de obstruir el normal funcionamiento de Money Express Transfer, S.A., permitiendo a esta sociedad operar a través de cuentas abiertas en las entidades de las demandadas, manteniendo las condiciones pactadas al abrirse las cuentas, salvo las modificaciones que deban realizarse con motivo de la evolución del mercado y las modificaciones legislativas.

» Condenando

» Primero: a Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., a cesar en toda actividad que obstruya el normal funcionamiento de Money Express Transfer, S.A., manteniendo plenamente operativas las cuentas abiertas por ésta.

» Segundo: a Banco Popular, S.A. a cesar en toda actividad que obstruya el normal funcionamiento de Money Express Transfer, S.A., reabriendo las cuentas de esta entidad o, alternativamente, permitiendo la apertura de nuevas cuentas.

» Todo ello con imposición de costas a la adversa, sin la limitación contenida en el párrafo tercero del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por haber actuado con manifiesta temeridad».

2.- La demanda fue presentada el 29 de diciembre de 2011 y repartida al Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao y fue registrada con el núm. 1/2012 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de las partes demandadas.

3.- El procurador D. Germán Apalategui Carasa, en representación de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., contestó a la demanda, solicitando la desestimación íntegra de las peticiones formuladas en la demanda y la condena en costas a la demandante.



www.civil-mercantil.com

El procurador D. Germán Ors Simón, en representación de Banco Popular Español, S.A., contestó a la demanda, solicitando la desestimación de la demanda, con expresa condena en costas a los demandantes.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao, dictó sentencia núm. 200/2012 de fecha 10 de octubre, con la siguiente parte dispositiva:

«Debo estimar y estimo íntegramente la demanda interpuesta por Money Express Transfer contra BBVA, S.A. y Banco Popular, S.A., referida en el encabezamiento de esta resolución. En su consecuencia:

» 1.- Se declara que las demandadas han cometido actos de competencia desleal al cancelar las cuentas corrientes, las tarjetas de crédito y los depósitos abiertos por la demandante.

» 2.- Se condena a las entidades bancarias demandadas a mantener plenamente operativas las cuentas abiertas (o a permitir la apertura de nuevas cuentas).

» Las costas procesales son impuestas a las codemandadas».

Segundo. Tramitación en segunda instancia.

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. y Banco Popular Español, S.A. Money Express Transfer, S.A. se opuso a los recursos interpuestos de contrario.

2.- La resolución de estos recursos correspondió a la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Bizkaia, que lo tramitó con el número de rollo 14/2013 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia núm. 726/2013 en fecha 20 de diciembre, cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS: Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación de BBVA y desestimando el que lo ha sido por la representación de Banco Popular de Español contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de lo mercantil nº 1 de Bilbao, en los autos nº 1/12, de los que este rollo dimana, debemos revocar y revocamos la sentencia apelada en el sentido de dejar sin efecto la condena en costas de la primera instancia del Banco de Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA), confirmándola en sus restantes pronunciamientos, sin expreso pronunciamiento sobre las costas causadas en la apelación.

» Transfiérase por el Secretario Judicial del Juzgado de origen a la cuenta de depósitos de recursos inadmitidos y desestimados el depósito efectuado por Banco Popular Español, S.A.

» Devuélvase a BBVA el depósito constituido para recurrir, expidiéndose por el Secretario Judicial del Juzgado de origen el correspondiente mandamiento de devolución».

Tercero. Interposición y tramitación del recurso de casación.

1.- Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., interpuso recurso de casación basándolo en los siguientes motivos:



www.civil-mercantil.com

«Primero.- Al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC . Incorrecta interpretación y aplicación de los artículos 7.3 , y 24 de la Ley 10/2010 , de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, en relación a los artículos 4 y 5 de la Ley de competencia desleal ».

«Segundo.- Por infracción del principio de primacía del derecho comunitario sobre el derecho nacional. Por infracción del derecho comunitario por no haberse interpretado el derecho nacional de conformidad con la Directiva 2005/60/CVE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo, los artículos 7.3 y 24 de la Ley 10/2010 en relación a los artículos 4 y 5 de la Ley de competencia desleal ».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 4 de febrero de 2015, acordando admitir el recurso de casación.

3.- La recurrida Money Express Transfer, S.A. presentó escrito de oposición al recurso.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 29 de septiembre de 2016, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Antecedentes del caso.

1.- Los antecedentes más relevantes del caso objeto del recurso han sido fijados por la Audiencia Provincial en su sentencia.

Money Express Transfer, S.A. (en lo sucesivo, Money Express) se dedica, entre otras actividades, a gestionar envíos de dinero fuera de España con autorización de Banco de España (está inscrita en el correspondiente Registro) y para el desarrollo de su actividad requiere, por disposición legal, la utilización de cuentas en entidades de crédito que operen en España a través de las cuales debe canalizar su actividad; 2) Con el fin de poder llevar a cabo su actividad abrió varias cuentas y depósitos en el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (en lo sucesivo, BBVA) y en Banco Popular Español, S.A. (en lo sucesivo, Banco Popular). 3) Ambos bancos cancelaron las cuentas y depósitos abiertos por Money Express. Banco Popular le comunicó por correo certificado remitido el 11 de noviembre, que fue recibido el 16 de noviembre 2010, la cancelación de las tres cuentas y los dos depósitos con efectos el día 2 de diciembre, mientras que BBVA le remitió un burofax el 7 de noviembre, que fue recibido el 21 de noviembre 2011, en el que comunicaba la voluntad irrevocable de cancelar las cuatro cuentas, así como la tarjeta de crédito asociada, en un plazo máximo de quince días contados a partir de la recepción de la comunicación y le compelió a la retirada del saldo existente en las cuentas; 4) Entre las actividades que realizan BBVA y Banco Popular se incluyen las transferencias al exterior, actividad en la que compiten con los establecimientos del tipo de Money Express, con gran éxito en la captación de clientes entre la población emigrante; 5) El sector de las transferencias es un sector especialmente de riesgo de blanqueo según el Servicio de Prevención de Blanqueo de Capitales (SEPBLAC); 6) BBVA realizó un análisis de las operaciones realizadas en las cuentas de las que era titular Money Express en el periodo



www.civil-mercantil.com

comprendido entre el 1 de septiembre y el 30 de noviembre con el siguiente resultado: 4.265 ingresos en efectivo que suponían en conjunto 4.772.171,64 euros, con un 82,58% de los ingresos realizados por personas identificadas, de las que 9 concentraban el 38,90% de los ingresos con identificación y 32,13% del total ingresado en efectivo. De las 9 personas, 3 que concentraban ingresos por 387.205,26 euros, no constaban como agentes de Money Express en el registro del Banco de España ni figuraban incluidos en la relación de principales agentes facilitada por la entidad. El resultado del estudio de la operativa dio lugar al envío de una comunicación por sospecha de blanqueo de capital al SEPBLAC, que se registró con el número 2095/ 2011. Los datos que se consignan en el análisis de la operativa realizada por BBVA coinciden con el informe pericial emitido por la empresa KPMG, de análisis financiero, y su coincidencia con la realidad se reconoce en el informe pericial de operativa emitido por la demandante.

2.- Money Express interpuso demanda contra BBVA y Banco Popular en las que ejerció acciones declarativa, de cesación y de prohibición de competencia desleal, al amparo de los arts. 4 , 15.2 y 16.2 de la Ley de Competencia Desleal . En ella, solicitó que se condenara a los bancos demandados a mantener abiertas las cuentas con las que Money Express venía operando para desarrollar su actividad. En lo que aquí interesa, alegó que los bancos demandados habían obstaculizado su actividad de compraventa de divisas y transferencias internacionales, para las que contaba con la autorización y supervisión del Banco de España, al cancelar unilateralmente sus cuentas bancarias, que le resultan indispensables para el ejercicio de su actividad. Ponía de manifiesto que los bancos demandados eran sus competidores en la actividad de envío de remesas al extranjero.

Los bancos demandados se opusieron a la demanda, y alegaron que habían cancelado las cuentas de Money Express en aplicación de la Ley 10/2010, de Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo (en lo sucesivo, Ley 10/2010), al existir indicios de que la actividad de Money Express estaba relacionada con el blanqueo de capitales.

3.- El Juzgado Mercantil estimó la demanda de Money Express pues no consideró justificado el cierre unilateral de las cuentas corrientes, que constituía un acto de competencia desleal. Entre otros argumentos, el juzgado declaró que no corresponde a las entidades financieras la fiscalización del cumplimiento de las disposiciones previstas en la Ley 10/2010 por otras entidades obligadas, como es el caso de Money Express, que es una entidad de pago, pues la supervisión corresponde al Servicio Ejecutivo de la Comisión. BBVA y Banco Popular no mencionaban qué medidas de diligencia debida no habían podido cumplir, ni habían acreditado que hubieran recabado de Money Express la información precisa para cumplir las medidas de diligencia.

Concluía que la cancelación de las cuentas de Money Express no se encontraba justificada por esa ley y constituía una conducta desleal contraria a la buena fe del art. 4 de la Ley de Competencia Desleal , por carecer de justificación razonable.

4.- Banco Popular y BBVA apelaron la sentencia de primera instancia.

La Audiencia Provincial desestimó los recursos y confirmó la sentencia del Juzgado de lo Mercantil. En lo que aquí interesa, consideró incorrecto el criterio del Juzgado Mercantil relativo a la improcedencia de que los bancos fiscalizaran las actuaciones de las entidades de pago, como Money Express, para prevenir el blanqueo de capitales. La Audiencia entendió que tal actuación está amparada por la normativa de prevención del blanqueo de capitales si las circunstancias concurrentes lo justifican, al tratarse de un sector de alto riesgo. Pero consideró que, aunque en abstracto la medida gozara de cobertura legal, la cancelación no debía

www.civil-mercantil.com

acordarse en primer lugar, puesto que debieron adoptarse otras medidas previamente, tales como la no ejecución de operaciones con anomalías o la previa advertencia de cancelación de las cuentas si persistía la operativa irregular. Al no haber actuado así, la cancelación de cuentas debía considerarse desleal.

5.- BBVA ha interpuesto recurso de casación contra esta sentencia, que basa en tres motivos. Banco Popular no ha recurrido la sentencia de la Audiencia Provincial.

Segundo. Formulación del recurso.

1.- El primer motivo lleva este epígrafe:

«Incorrecta interpretación y aplicación de los artículos 7.3 y 24 de la ley 10/2010 , de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, en relación a los artículos 4 y 5 de la Ley de Competencia desleal ».

2.- En este motivo, la recurrente cuestiona la interpretación que la Audiencia Provincial ha realizado de diversas normas de la normativa de prevención del blanqueo de capitales, que, en su opinión, justificaría la conducta de BBVA y excluiría su carácter desleal.

3.- El segundo motivo lleva el siguiente encabezamiento:

«Por infracción del principio de primacía del derecho comunitario sobre el derecho nacional. Por infracción del derecho comunitario por no haberse interpretado el derecho nacional de conformidad con la Directiva 2005/60/CVE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo, los artículos 7.3 y 24 de la Ley 10/2010 en relación a los artículos 4 y 5 de la Ley de competencia desleal ».

4.- BBVA alega que la Audiencia no ha realizado una interpretación conforme con el ordenamiento comunitario, de modo que su sentencia impide que pueda conseguirse el efecto útil de la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo (en lo sucesivo, la Directiva), con lo que se vulnera el principio de primacía del Derecho comunitario.

5.- Los motivos presentan una estrecha relación, puesto que los preceptos de la normativa nacional que desarrolla la Directiva comunitaria, cuya infracción se alega en el primer motivo, han de interpretarse a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, tomando en consideración la jurisprudencia comunitaria recaída sobre tal norma.

Esta Directiva, en los aspectos que aquí son relevantes, ha de considerarse como un «acto aclarado» en virtud de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de marzo de 2016 , dictada en el asunto C-235/14, Safe Interenvíos contra Liberbank, Banco Sabadell y BBVA (en lo sucesivo, STJUE de 10 de marzo de 2016), dictada en relación con un litigio similar al que es objeto del presente recurso, por lo que no es procedente plantear la cuestión prejudicial que solicita BBVA.



www.civil-mercantil.com

Tercero. *Decisión de la Sala. Exigencia de justificación y proporcionalidad en las medidas de prevención del blanqueo de capitales que pueden restringir seriamente la libre competencia.*

1.- En el recurso de casación no se cuestiona la interpretación de las normas de la Ley de Competencia Desleal, en concreto de su art. 4 , que realiza la Audiencia Provincial en su sentencia. Lo que se cuestiona es la interpretación y aplicación que ha hecho de las normas nacionales y comunitarias de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo que justificarían una actuación, la cancelación de las cuentas de Money Express, que, de no estar justificada por la aplicación de tal normativa, constituiría un acto desleal de obstaculización contrario a la buena fe. Por tanto, lo que esta sala deberá abordar para resolver el recurso es la correcta interpretación de estas normas de prevención del blanqueo de capitales y no las de competencia desleal.

2.- BBVA justifica la cancelación de las cuentas de Money Express por la aplicación de las medidas de diligencia debida previstas en la Ley 10/2010. La Audiencia Provincial declaró procedente la aplicación, en abstracto, por parte de una entidad de crédito, como BBVA, de medidas de diligencia debida a una entidad de pago, como Money Express, sin perjuicio de que considerara que en este caso la aplicación fuera incorrecta porque debieron aplicarse otras medidas previamente.

Money Express, retomando el argumento aceptado por el Juzgado Mercantil, refuta esta alegación y afirma que BBVA no estaba obligada a aplicarle las medidas de diligencia debida porque Money Express, en tanto que entidad de pago, ya está supervisada por el Banco de España, en aplicación del art. 9.1 de la Ley 10/2010 .

3.- La argumentación de Money Express no puede ser estimada. La STJUE de 10 de marzo de 2016 , en sus párrafos 57 a 80, se pronuncia expresamente sobre esta cuestión al resolver la primera de las cuestiones prejudiciales planteadas por la Audiencia de Barcelona en un caso similar al que es objeto de este recurso.

El art. 11.1 de la Directiva exime a las entidades de crédito de la obligación de aplicar determinadas medidas de diligencia debida a entidades de pago, como lo es Money Express, que son objeto de supervisión por las autoridades nacionales para garantizar el cumplimiento de los requisitos en que consisten esas medidas de diligencia debida. Esta previsión de la Directiva se encontraba recogida en el art. 9.1.b de la Ley 10/2010 , en la redacción vigente en el momento de suceder los hechos.

El TJUE afirma en su sentencia (párrafo 75) que, pese a esta excepción, los artículos 7 y 13 de dicha Directiva obligan a los Estados miembros a garantizar que las entidades y personas sujetas a la misma (como es el caso de BBVA, entidad de crédito) apliquen, en situaciones que afecten a clientes que a su vez sean entidades o personas sujetas a la Directiva sobre blanqueo de capitales (como es Money Express, entidad de pago), las medidas normales de diligencia debida con respecto al cliente con arreglo al artículo 7, letra c), de dicha Directiva y las medidas reforzadas de diligencia debida con respecto al cliente en virtud del artículo 13 de la misma, en aquellas situaciones que por su propia naturaleza puedan presentar un riesgo más elevado de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo. Entre estas medidas de diligencia debida estaría la de poner fin a la relación de negocios (art. 9.5 de la Directiva y art. 7.3 de la Ley 10/2010)

El Estado miembro puede prever que una de estas situaciones que justifican la aplicación de medidas reforzadas sea el envío de dinero a otros Estados, como ha hecho España en el art. 11 de la Ley 10/2010 , pues no solo se trata de una Directiva de mínimos,

según resulta de su art. 5, sino que además la enumeración de situaciones justificativas de estas medidas que se contiene en el art. 13 de la Directiva no es exhaustiva (al hacer la enumeración, se emplea la expresión «al menos»). Ello otorga a los Estados un margen de apreciación considerable en la trasposición de la Directiva para determinar tanto las situaciones en que existe ese riesgo más elevado como las medidas de diligencia debida que deben aplicarse. Así lo declara el párrafo 73 de la STJUE de 10 de marzo de 2016 .

4.- Ahora bien, esta actividad de las entidades de crédito, como es BBVA, en la aplicación de medidas de diligencia debida a clientes que tienen la cualidad de entidades de pago y que por tanto están también sujetas a la Directiva, como es Money Express, tiene unos límites derivados de la aplicación de normas del Derecho de la Unión.

5.- Para apreciar el carácter justificado de las medidas de diligencia debida adoptadas por una entidad de crédito respecto de un cliente que sea entidad de pago, uno de los elementos a tomar en consideración es la afectación que esas medidas puedan causar al principio de libre competencia entre personas que operan en el mismo mercado, puesto que la normativa que prevé la adopción de estas medidas ha de interpretarse a la luz de los principios generales del Derecho de la Unión, entre los que está el de libre competencia. Así lo declara el TJUE en el párrafo 109 de su sentencia de 10 de marzo de 2016 .

6.- No basta con la existencia de un riesgo genérico. Es necesario que se aprecien hechos concretos que informen sobre la existencia de un riesgo de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo.

La STJUE de 10 de marzo de 2016 ha declarado sobre esta cuestión en su párrafo 87:

«[...] tales medidas deben presentar un vínculo concreto con el riesgo de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo y ser proporcionadas a éste. Por consiguiente, una medida como el cese de una relación de negocios, contemplada en el artículo 9, apartado 5, párrafo primero, de la Directiva sobre blanqueo de capitales, no debería adoptarse, a la vista del artículo 8, apartado 2, de dicha Directiva, a falta de información suficiente relativa al riesgo de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo».

7.- Por último, es preciso determinar el carácter proporcionado de las medidas de diligencia debida, para lo cual procede examinar si existen medios menos restrictivos para lograr el mismo nivel de protección.

8.- El párrafo 110 de la STJUE de 10 de marzo de 2016 considera que debe admitirse la posibilidad de prueba en contrario respecto de la presunción de elevado riesgo de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo que la normativa española atribuye a la actividad de transferencias internacionales.

En el presente caso, los órganos de instancia no han impedido a la demandante probar la inexistencia de riesgo de blanqueo de capitales. Pero la Audiencia, al valorar la prueba practicada, ha concluido que existían irregularidades demostrativas de ese riesgo.

9.- Efectivamente, la Audiencia declaró que existían diversas irregularidades cometidas por Money Express en el ejercicio de su actividad de envío de fondos a terceros países, que eran descritas de esta manera:



www.civil-mercantil.com

«[...] en el periodo comprendido entre septiembre, octubre y noviembre 2010 de un total de 4.265 operaciones, por un importe total de 4.772.171,64 euros, en las que intervinieron 265 personas, las irregularidades afectan a 2968 operaciones por un importe total de 3.145.732 euros, que fueron realizadas 208 personas con las siguientes características: 1.477 operaciones, por un importe de 2.068.966 se realizaron por 198 personas que no figuraban en los registros del Banco de España; 161 operaciones por importe de 208.921 euros, se realizaron por 8 personas en las que el agente se identificó con distinto documento que el que figura en el registro del BDE, 60 operaciones, por importe de 36.497 euros, realizadas por 60 personas que operaron con el número de agente correspondiente a otra entidad y 1.270 operaciones, por importe de 831.347,08 euros, realizadas por personas sin identificar. Es decir, en más de la mitad de las operaciones realizadas por Money Express en el BBVA en el periodo de referencia se produjeron irregularidades de distinta relevancia».

A diferencia del caso resuelto en la sentencia 597/2016, de 5 de octubre, en el caso objeto de este recurso se constataron numerosas irregularidades en el envío de fondos por la entidad de pago demandante, que constituían indicios de actividad de blanqueo de capitales. Por tal razón, la Audiencia afirmó:

«La operativa expuesta podría justificar la adopción de determinadas medidas de las establecidas por la Ley por parte de la entidad bancaria e, incluso, la cancelación de cuentas que se contempla el art. 7.3 Ley 38/2010, para el supuesto de imposibilidad de aplicación de las medidas de diligencia debida».

No se trataba, pues, de un riesgo genérico asociado a una actividad, sino de irregularidades que suministraban a BBVA una información suficiente sobre la existencia de ese riesgo de blanqueo de capitales, de modo que las medidas de diligencia debida a adoptar cumplían el requisito de presentar un vínculo concreto con el riesgo de blanqueo de capitales, tal como exige el párrafo 87 de la STJUE de 10 de marzo de 2016.

10.- La razón por la que la Audiencia, pese a lo declarado en el párrafo precedente, consideró que la actuación de BBVA no estaba amparada por la Ley 10/2010 y, por tanto, su conducta era desleal desde el punto de vista concursal, consistía en que BBVA debió adoptar otras medidas antes de cancelar las cuentas de Money Express, tales como la no ejecución de operaciones con anomalías o la previa advertencia de cancelación de las cuentas si persistía la operativa irregular.

11.- La sala considera incorrecto este razonamiento de la sentencia recurrida, puesto que no existe justificación de que se tratara de medidas con las que se pudiera alcanzar el nivel de protección deseado por España al trasponer la Directiva, como declara la STJUE de 10 de marzo de 2016 en su párrafo 110.

Algunas de las señaladas por la Audiencia no pueden ser adoptadas, como es el caso de la advertencia de cancelación si persisten los indicios de blanqueo de capitales, pues el art. 24 de la Ley 10/2010 prohíbe a los sujetos obligados, como es BBVA, revelar al cliente o a terceros «que se ha comunicado información al Servicio Ejecutivo de la Comisión, o que se está examinando o puede examinarse alguna operación por si pudiera estar relacionada con el blanqueo de capitales o con la financiación del terrorismo». La otra medida apuntada, la no ejecución de operaciones con anomalías, no sería eficaz por cuanto que la trascendencia de las irregularidades pueden ser constatadas a posteriori, cuando se procesan los datos y se observa el porcentaje y la envergadura total de las operaciones en las que existen irregularidades, que individualmente no tienen por qué ser importantes.



www.civil-mercantil.com

12.- El Derecho de la Unión, y así lo ha declarado la STJUE de 10 de marzo de 2010 , exige proporcionalidad entre la medida de diligencia debida adoptada, en este caso la finalización de la relación de negocios, destinada a cumplir el fin de la Directiva, consistente en la prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, con otros principios del Derecho de la Unión, como es el respeto a la libre competencia y a los derechos fundamentales. Esta exigencia se cumple en el caso de la cancelación de las cuentas de Money Express acordada por BBVA.

En el presente caso, la Audiencia ha constatado la existencia de graves irregularidades constitutivas de indicios de blanqueo de capitales, que concurrieron en una parte considerable de las operaciones de envío transfronterizo de fondos por parte de Money Express, sin que esta hubiera probado la ausencia de riesgo de blanqueo de capitales derivado de dichas irregularidades. En tales circunstancias, habida cuenta del fin de la Directiva y de la ley nacional que la transpone, la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, de indudable trascendencia, la medida de finalización de la relación de negocio mediante la cancelación de las cuentas, se muestra como proporcionada, pues no existe constancia razonable de que otras medidas cuya adopción esté amparada por la normativa consigan el nivel de protección buscado por el Estado al trasponer la Directiva, por lo que cumple con las exigencias derivadas del ordenamiento jurídico comunitario, tal como ha sido interpretado por el Tribunal de Luxemburgo en su sentencia de 10 de marzo de 2016 . No existe constancia de que puedan adoptarse otras medidas menos restrictivas que logren el mismo nivel de protección que la finalización de la relación de negocio, habida cuenta de la gravedad y características de los indicios de blanqueo de capitales detectados.

13.- La consecuencia de lo expuesto es que la medida de diligencia debida adoptada por BBVA respecto de Money Express estuvo justificada por la aplicación de la normativa de prevención del blanqueo de capitales, lo que excluye el carácter desleal de su actuación.

Por esa razón, la sentencia de la Audiencia Provincial debe ser revocada, y el recurso de apelación interpuesto por BBVA, estimado.

Esta estimación del recurso carece de fuerza expansiva respecto de Banco Popular, que no ha interpuesto recurso de casación, por cuanto que las circunstancias fácticas concurrentes respecto de una y otra entidad de crédito son diferentes.

Cuarto. Costas y depósito.

1.- La estimación del recurso conlleva que, en cuanto a costas, no se haga especial declaración de las costas del recurso de casación ni del recurso de apelación. Procede condenar a Money Express al pago de las costas de primera instancia causadas a BBVA. Todo ello de conformidad con los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

2.- Procédase a la devolución del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15.^a, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

FALLO

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY,

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., contra la sentencia núm. 726/2013 de 20 de diciembre, dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Bizkaia, en el recurso de apelación núm. 14/2013 .

2.º- Casamos la expresada sentencia, y en su lugar, estimamos el recurso de apelación interpuesto por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., contra la sentencia 200/2012, de 10 de octubre, del Juzgado Mercantil núm. 1 de Bilbao , que revocamos en parte, por lo que desestimamos plenamente la demanda interpuesta por Money Express Transfer, S.A. contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., a quien absolvemos de la demanda, y condenamos a Money Express Transfer, S.A. al pago de las costas causadas en primera instancia a Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. Se mantienen los pronunciamientos relativos a Banco Popular Español, S.A.

3.º- No procede imposición de costas del recurso de casación ni del recurso de apelación interpuesto por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. Devuélvase al recurrente el depósito constituido para interponer el recurso de casación. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la coleccion legislativa.

Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.