

<http://civil-mercantil.com/>

AUDIENCIA NACIONAL

Sentencia de 2 de abril de 2014

Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 6.ª)

Rec. n.º 726/2009

SUMARIO:

Sanción a entidad de crédito radicada en Gibraltar. Actuación en España en régimen de libre prestación de servicios sin establecimiento permanente. Omisión de deberes de control interno y comunicación. Competencia del organismo español. Encaje de la normativa española en el Derecho Comunitario.

La normativa nacional tiene como finalidad reforzar, respetando el Derecho de la Unión, la eficacia de la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. La regulación nacional española no compromete los principios establecidos por la Directiva 2005/60 en relación con las obligaciones de información de las entidades que están sujetas a ellas, ni limita la eficacia de las formas de cooperación y de intercambio de información existentes entre las UIF previstas en la Decisión 2000/642, antes bien, prevé, al margen de éstas, un medio para que la UIF del Estado miembro afectado obtenga directamente información en el caso específico de una actividad ejercida en libre prestación de servicios en su territorio; una normativa como la aquí controvertida que impone la transmisión a la UIF del Estado miembro de acogida de información sobre las operaciones realizadas en libre prestación de servicios en el territorio de dicho Estado miembro, es una medida idónea para lograr, de manera efectiva y congruente, el objetivo perseguido, la transmisión directa de la información necesaria a la UIF del Estado miembro en cuyo territorio se realizan las operaciones es el medio más apropiado para garantizar una lucha eficaz contra el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, mientras que, como el propio TJUE advierte, el mecanismo de cooperación entre UIF's presenta «ciertas lagunas», sobre todo cuando, como es el caso, nos hallamos ante actividades realizadas en libre prestación de servicios, respecto de las cuales recurrir únicamente al mecanismo de la cooperación entre las UIF presenta especiales dificultades. Más aún, no hay en esta normativa ninguna exención para las entidades de crédito contempladas en la Directiva 2005/60 de su obligación de facilitar la información requerida a la UIF del Estado miembro en cuyo territorio se encuentran con arreglo al artículo 22 de dicha Directiva; y finalmente tampoco existe en la legislación nacional controvertida ninguna exención para la UIF de su obligación de cooperar con las UIF de los demás Estados ni se altera el derecho de esa misma UIF a solicitarles la transmisión de documentos o información a efectos de la lucha contra el blanqueo de capitales.

PRECEPTOS:

Tratado de 25 de Marzo de 1957 de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), art. 56.

Directiva 2005/60/CE (Prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo), art. 22.2.

Ley 19/1993 (prevención del blanqueo de capitales), arts. 3, 5.2 y 8.

PONENTE:

Don Santiago Pablo Soldevila Fragoso.



<http://civil-mercantil.com/>

SENTENCIA

En Madrid a dos de abril de 2014

VISTO, en nombre de Su Majestad el Rey, por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional, el recurso nº 726/09, seguido a instancia de " Jyske Bank Gibraltar Limited ", representada por el Procurador de los Tribunales D. Daniel Bufalá Balmaseda, con asistencia letrada, y como Administración demandada la General del Estado, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado. El recurso versó sobre impugnación de Resolución de la Ministra de Economía y Hacienda, la cuantía se fijó en más de 600.000 euros, e intervino como ponente el Magistrado Don Santiago Soldevila Fragoso. La presente Sentencia se dicta con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Para el correcto enjuiciamiento de la cuestión planteada es necesario el conocimiento de los siguientes hechos:

1. La recurrente es una entidad de crédito danesa, radicada en Gibraltar, que presta servicios bajo la supervisión del regulador local "Financial Services Comisión", y desde el 5 de marzo de 2003, tras comunicarlo al Banco de España, lo venía haciendo en España en régimen de libre prestación de servicios sin establecimiento permanente.

2. En fecha 30 de enero de 2007, el Servicio ejecutivo para la prevención del blanqueo de capitales (SEPBLAC), requirió a la recurrente para que aportara documentación e información relativa, entre otros aspectos, a la identidad de sus clientes, antes del 1º de marzo de 2007. Todo ello, como consecuencia de la actividad de supervisión de su estructura organizativa y los procedimientos para la prevención del blanqueo de capitales, y dado que no había designado representante ante el Servicio Ejecutivo.

3. Ante la falta de cumplimiento del anterior requerimiento, la Secretaría de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias, acordó iniciar expediente sancionador a la recurrente, por presunta infracción de la Ley 19/1993.

4. El 14 de abril de 2009, la Ministra de Economía y Hacienda, tras la tramitación del correspondiente expediente sancionador, adoptó las siguientes decisiones:

-Imponer a la recurrente, como responsable de una infracción grave, una multa de 200.000 euros y una amonestación privada, por incumplimiento de la obligación de "establecer procedimientos y órganos adecuados de control interno y de comunicación"

- Imponer a la recurrente, como responsable de dos infracciones graves, una multa de 250.000 euros y amonestación privada, por "incumplimiento de las obligaciones de comunicación al Servicio Ejecutivo de operaciones sospechosas" y "no abstención de ejecución de las operaciones sin la preceptiva comunicación al Servicio Ejecutivo"

- Imponer a la recurrente, como responsable de una infracción grave, una multa de 200.000 euros y amonestación privada, por "incumplimiento de la obligación de examen especial de operaciones prevista en el artículo 3.2 de la Ley 19/1993 de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención de blanqueo de capitales".



<http://civil-mercantil.com/>

5. Mediante Orden del Ministro de Economía y Hacienda de 31 de julio de 2009, fue desestimado el recurso de reposición interpuesto contra la resolución precedente.

Segundo.

Por la representación de la actora se interpuso recurso Contencioso-Administrativo contra la resolución precedente, formalizando demanda con la súplica de que se dictara sentencia declarando la nulidad del acto recurrido por no ser conforme a derecho. La fundamentación jurídica de la demanda se basó en las siguientes consideraciones:

1. Incompetencia del Estado español para supervisar o controlar a una entidad de crédito comunitaria que opera en España bajo la libre prestación de servicios. Invoca la Tercera Directiva, artículo 22.2, que debe sobreponerse a la Ley 19/1993 . Estima que, aún admitiendo la aplicación del principio de territorialidad de las Directivas sobre blanqueo de capitales y la potestad de las autoridades españolas para su represión en territorio nacional, los métodos empleados no son conformes a lo establecido en las Directivas. Subraya que la recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 22.2 de la Tercera Directiva, y el artículo 6 de la Primera Directiva, ha cumplido con la obligación de realizar las comunicaciones de operaciones sospechosas, pues ha remitido la información a la autoridad supervisora de Gibraltar.

2. Solicita, de forma subsidiaria, el planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea:

-Invoca el principio de primacía del Derecho de la Unión, y subraya que la Ley 19/1993 vulnera el principio de cooperación leal, ya que impide la consecución de un mercado interior, que constituye uno de los fines prioritarios de la Unión.

-Subraya la duda que en todo caso existe respecto a la autoridad competente para requerir la remisión de información sobre operaciones sospechosas.

3. En relación a la sanción impuesta a la recurrente, como responsable de una infracción grave prevista en los artículos 5.2 y 8 de la Ley 19/1993 y concordantes del RD 925/1995 de 9 de Junio, consistente en una multa de 200.000 euros y una amonestación privada, por incumplimiento de la obligación prevista en el artículo 3.7 de la Ley 19/1993 , en esencia, "establecer procedimientos y órganos adecuados de control interno y de comunicación", denuncia una infracción del principio de tipicidad, con arreglo a los siguientes argumentos:

- El artículo 3.7 de la Ley 19/1993 , no impone la obligación de comunicar al SEPBLAC los referidos procedimientos. Sólo la de establecerlos. Es el artículo 6.11 del RD citado el que obliga a la comunicación de los mismos, siendo dos conductas diferentes.

-Requerida el 30 de enero de 2007, para aportar dicha información, la recurrente lo hizo el 5 de julio siguiente, señalando que cumple con todas sus obligaciones ante el FSC, lo que evidencia que dispone de procedimientos y órganos de control.

-Subraya que el régimen entre Gibraltar y España es el mismo en esta materia, al derivar de las Directivas comunitarias, poniendo de manifiesto que España aún no ha transpuesto la Tercera (Directiva 2005/60/CE).

-Denuncia la incompatibilidad de esta primera sanción con la segunda de las que se le ha impuesto (ver apartado siguiente, 4,), pues la segunda debería absorber a la primera, con invocación del principio de consunción (artículo 8.3 del Código Penal).

<http://civil-mercantil.com/>

4 . En relación a la sanción impuesta a la recurrente, como responsable de una infracción grave prevista en los artículos 5.2 y 8 de la Ley 19/1993 y concordantes del RD 925/1995 de 9 de Junio, consistente en una multa de 250.000 euros y una amonestación privada, por incumplimiento de la obligación prevista en el artículo 3.4.a) y 3.5 de la Ley 19/1993 , en esencia, por "no comunicar al Servicio Ejecutivo operaciones sospechosas y no abstenerse en la ejecución de operaciones sin la preceptiva comunicación al Servicio Ejecutivo establecer procedimientos y órganos adecuados de control interno y de comunicación", expone lo siguiente:

-En relación con la infracción de las obligaciones de comunicación del artículo 3.4 a) invoca el principio de especialidad de las normas: el incumplimiento específico se encuentra descrito en el artículo 5.3.b) y no en el 5.2 como se indica en la Orden. Cuando el artículo 5.2 sanciona como infracción grave el incumplimiento de la obligación contenida en el artículo 3.4, se entiende que es dejando a salvo la obligación establecida en el 3.4 a), que se encuentra tipificada en el artículo 5.3 b.

Invoca el principio "non bis in idem", dado que la recurrente ha sido sancionada como autora de una falta muy grave por los mismos hechos, con mención del artículo 18 del RD 1398/1993 , aplicable supletoriamente.

-En relación con la no abstención de la ejecución de las operaciones sin la comunicación al Servicio prevista en el artículo 3.5:

Invoca el FJ 7 de la Orden recurrida y su remisión las normas del concurso ideal. La recurrente cumplió con sus obligaciones ante el FSC y ya ha sido sancionada por la comisión de una infracción muy grave prevista en los artículos 5.3 b) y 3.4 a) de la Ley 19/1993 .

5. En relación a la sanción impuesta a la recurrente, como responsable de una infracción grave prevista en los artículos 5.2 y 8 de la Ley 19/1993 y concordantes del RD 925/1995 de 9 de Junio, consistente en una multa de 250.000 euros y una amonestación privada, por incumplimiento de la obligación prevista en el artículo 3.2 de la Ley 19/1993 , que impone una obligación de examen especial de operaciones, expone lo siguiente:

-Invoca el principio de consunción y señala que la conducta reprochada es previa a la prevista en el artículo 3.4 a). Subraya los principios constitucionales sobre esta materia y el hecho de que la recurrente sí analizaba las operaciones, pues efectuó las comunicaciones a la autoridad de Gibraltar. Recuerda que si no efectuó esas comunicaciones es porque no reconoce al SEPBLAC como autoridad supervisora y porque si envía las comunicaciones vulnera los deberes de secreto impuestos por la legislación de Gibraltar. En ningún caso el SEPBLAC ha probado que la recurrente violó el artículo 5 del RD que desarrolla el artículo 3.2 de la Ley 19/1993 .

Tercero.

La Administración demandada contestó a la demanda oponiéndose a ella con la súplica de que se dicte sentencia desestimando el recurso y declarando ajustada a derecho la resolución recurrida. Para sostener esta pretensión se remitió a los fundamentos de la resolución recurrida, sin perjuicio de formular concretas alegaciones respecto de determinados pasajes de la demanda:

1. En relación con la alegación de que la recurrente cumple de forma escrupulosa con la normativa que resulta de aplicación:

-No se discute la comercialización de servicios financieros en régimen de libre prestación de servicios, sino el cumplimiento de normas de obligada observancia como las de prevención de capitales.

<http://civil-mercantil.com/>

-Resulta irrelevante que la recurrente cumpliera la legislación gibraltareña, pues la preceptiva era la española

2. En relación con la alegación relativa a que la obligación de efectuar comunicaciones sospechosas es una obligación de imposible cumplimiento para la recurrente, señala que:

-La recurrente pretende la aplicación extraterritorial de la ley gibraltareña, habiéndose colocado en situación de incumplimiento en España empleando el secreto bancario como estrategia comercial.

-La recurrente identifica indebidamente la FSC, supervisor financiero gibraltareño, y la GFIU, que es la UIF de Gibraltar, órgano, éste sí, que opera como unidad de información financiera, esto es, como homóloga del Servicio Ejecutivo y es, por lo tanto, participe en el grupo Egmont,

3º. En relación con la alegación tercera en el sentido de que la obligación impuesta a la recurrente de comunicar al SEPBLAC los datos de sus clientes, infringiría la normativa comunitaria en materia de blanqueo de capitales, señala que:

-Tras el informe de la Comisión Europea de 30 de junio de 2009 y la Comunicación interpretativa COM 97/209/04, debe concluirse que la Directiva antiblanqueo está basada en el principio de territorialidad, no siendo de aplicación en este ámbito, por razones de interés general, las normas comunitarias de coordinación bancarias,

-Invoca el artículo 5 de la Directiva que contiene la norma de mínimos, de lo que resulta el ajuste legal de la normativa española cuestionada por la recurrente, en la medida en que impone obligaciones adicionales de control. Expresamente señala que no es cierto que el artículo 22 de la Directiva 2005/60/CE regule un supuesto de libre prestación de servicios en otro Estado, sino el caso de una persona que se dirige a otro Estado a realizar operaciones con una entidad domiciliada en él.

4. En relación a la alegación de que la obligación impuesta a la recurrente de comunicar los datos de sus clientes infringe el artículo 56 TFUE , al impedir que preste sus servicios en territorio español, señala que:

-La normativa española se ajusta al artículo 57 TFUE al establecer idénticos deberes para todos, lo que la recurrente pretende eludir, gozando de una ventaja competitiva indebida, como es el secreto bancario. Por ello, no resulta aplicable la doctrina de la STJUE de 25 de julio de 1991, asunto Manfred S äger.

-No es cierto que las autoridades españolas hayan reclamado información sobre la identidad de los clientes de la recurrente, sino una información sobre los servicios financieros prestados en territorio español.

5. En relación con las alegaciones hechas en relación con las sanciones impuestas, indica que:

-En relación con la primera sanción, los hechos muestran una deliberada voluntad de incumplir el requerimiento.

-En relación con la segunda sanción, estima que la recurrente confunde la comunicación sistemática de operaciones (artículo 3.4 a, párrafo primero) con la comunicación de operativa sospechosa o por indicio (artículo 3.4 a, párrafo segundo). La primera es una obligación objetiva, independiente de indicios o certezas de blanqueo de capitales, por lo que no trae causa del artículo 22 de la Directiva, ya que es una obligación específica impuesta por la legislación española de conformidad con la Recomendación 19 del Grupo de Acción Financiera.



<http://civil-mercantil.com/>

6. En relación al planteamiento de la cuestión prejudicial, muestra su oposición.

Cuarto.

Iniciada la fase de prueba, la parte recurrente informó a esta Sala, el 29 de abril de 2011, de la existencia del recurso 613/2009, tramitado de forma paralela al presente, ante la Sala III del Tribunal Supremo, en el que la recurrente impugnaba la imposición de una sanción por falta muy grave, por infracción de los artículos 5.3.d) y 5.3. b) de la Ley 19/1993 .

Dado que mediante Auto de 21 de marzo de 2011, el TS decidió plantear cuestión prejudicial ante el TJUE, vinculada a la interpretación de los artículos 6 de la Directiva 91/308/CEE de 10 de junio de 1991 , y el artículo 22 de la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 2005 , la recurrente, ante la clara similitud entre ambos procedimientos, solicitó la suspensión del presente hasta la resolución de la cuestión prejudicial mencionada.

Mediante providencia de 28 de julio de 2011, se acordó la suspensión del presente procedimiento, hasta la resolución del procedimiento 613/09, tramitado ante el Tribunal Supremo.

El Tribunal de Justicia se pronunció mediante sentencia de 25 de abril de 2013, seguida en el recurso C-212/11, y el Tribunal Supremo español, mediante sentencia de 17 de diciembre de 2013, recurso 613/09 , que fue desestimado.

Quinto.

Mediante providencia de 29 de enero de 2014, esta Sala dio traslado de la sentencia del Tribunal Supremo reseñada a las partes, para alegaciones, que sólo formuló el Abogado del Estado. La recurrente en ningún momento solicitó evacuar el trámite de conclusiones

Mediante providencia de 20 de febrero, notificada a ambas partes, se declararon los autos conclusos para votación y fallo

Señalado el día 1 de abril de 2014 para la votación y fallo ésta tuvo lugar en la reunión del Tribunal señalada al efecto.

Sexto.

Aparecen observadas las formalidades de tramitación, que son las del procedimiento ordinario.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.

La cuestión que se plantea en el presente proceso es la relativa a determinar el ajuste legal de la Orden de fecha 31 de julio de 2009, dictada por la Vicepresidenta Segunda del Gobierno y Ministra de Economía y Hacienda, por la que se desestimó el recurso de reposición interpuesto contra la Orden de fecha 14 de abril de 2009, en cuya virtud se acordó la imposición de las siguientes sanciones, a la recurrente, Jyske Bank Gibraltar Limited:

1. Como responsable de una infracción grave prevista en los artículos 5.2 y 8 de la Ley 19/1993 y concordantes del RD 925/1995 de 9 de Junio, una multa de 250.000 euros y una amonestación privada, por incumplimiento de la obligación prevista en el artículo 3.7 de la Ley 19/1993 , en esencia, por "no establecer procedimientos y órganos adecuados de control interno y de comunicación".



<http://civil-mercantil.com/>

2. Como responsable de una infracción grave prevista en los artículos 5.2 y 8 de la Ley 19/1993 y concordantes del RD 925/1995 de 9 de Junio, consistente en una multa de 250.000 euros y una amonestación privada, por incumplimiento de la obligación prevista en el artículo 3.4.a) y 3.5 de la Ley 19/1993 , en esencia, por "no comunicar al Servicio Ejecutivo operaciones sospechosas y no abstenerse en la ejecución de operaciones sin la preceptiva comunicación al Servicio Ejecutivo".

3. Como responsable de una infracción grave prevista en los artículos 5.2 y 8 de la Ley 19/1993 y concordantes del RD 925/1995 de 9 de Junio, consistente en una multa de 250.000 euros y una amonestación privada, por incumplimiento de la obligación prevista en el artículo 3.2 de la Ley 19/1993 , que impone una obligación de examen especial de operaciones.

Segundo.

La primera cuestión que debe clarificarse es la relativa al resultado del planteamiento de la cuestión prejudicial que efectivamente fue remitida por el Tribunal Supremo al Tribunal de Justicia, y que dio lugar a la Sentencia de 25 de abril de 2013, asunto C- 212/11 , cuya parte dispositiva dispone lo siguiente:

"El artículo 22, apartado 2, 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, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa de un Estado miembro, que impone a las entidades de crédito que ejercen sus actividades en libre prestación de servicios en el territorio de ese Estado miembro, la obligación de comunicar directamente a la unidad de información financiera de dicho Estado miembro la información requerida a efectos de la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, siempre que dicha normativa no comprometa el efecto útil de la citada Directiva y de la Decisión 2000/642/JAI del Consejo, de 17 de octubre de 2000, relativa a las disposiciones de cooperación entre las unidades de información financiera de los Estados miembros para el intercambio de información.

El artículo 56 TFUE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa de este tipo, si ésta se justifica por una razón imperiosa de interés general, es adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue, no va más allá de lo necesario para alcanzarlo y se aplica de forma no discriminatoria, extremos que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional nacional, habida cuenta de las siguientes consideraciones:

- Tal normativa es adecuada para lograr el objetivo de la prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, si permite al Estado miembro afectado controlar y suspender efectivamente las transacciones financieras sospechosas realizadas por las entidades de crédito que prestan sus servicios en el territorio nacional y, en su caso, perseguir y sancionar a los responsables;

- La obligación impuesta por dicha normativa a las entidades de crédito que ejercen sus actividades en libre prestación de servicios puede constituir una medida proporcionada para lograr dicho objetivo si, en el momento de los hechos del litigio principal, no existía un mecanismo eficaz que garantizara una cooperación plena y completa de las unidades de información financiera".

A continuación debe hacerse mención a la recepción de dicha sentencia por el Tribunal Supremo, lo que tuvo lugar mediante la Sentencia de 17 de diciembre de 2013 , recurso ordinario número 613/2009, cuyo FJ 7 señala lo siguiente:

"Pues bien, a pesar del esfuerzo argumental de la parte actora por inclinar en su favor la sentencia tantas veces mencionada del TJUE, lo cierto es que no le falta razón al Abogado del Estado cuando pone de manifiesto que la misma responde de forma clara y contundente a las cuestiones controvertidas en



<http://civil-mercantil.com/>

este litigio, sobre todo si se pone en relación su parte dispositiva con la fundamentación jurídica que la precede.

Como se ha dejado anotado, el TJUE ha resuelto, en primer lugar, que "El artículo 22, apartado 2, 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, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa de un Estado miembro que impone a las entidades de crédito que ejercen sus actividades en libre prestación de servicios en el territorio de ese Estado miembro la obligación de comunicar directamente a la unidad de información financiera de dicho Estado miembro la información requerida a efectos de la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo". Declaración, esta, que priva de sustento a la mayor parte de las argumentaciones de la parte recurrente.

Es verdad que esta declaración se matiza inmediatamente por el mismo TJUE, en el sentido de que la compatibilidad de una normativa nacional de esa índole con el Derecho de la Unión pasa por que " dicha normativa no comprometa el efecto útil de la citada Directiva y de la Decisión 2000/642/JAI del Consejo, de 17 de octubre de 2000, relativa a las disposiciones de cooperación entre las unidades de información financiera de los Estados miembros para el intercambio de información". Ahora bien, esta salvedad no es, como la globalidad del "fallo" en que se inserta, más que una declaración general, tal y como corresponde a la naturaleza y funcionalidad de la cuestión prejudicial como mecanismo procesal de uniformización de la interpretación del Derecho de la Unión. No hay en dicha declaración una referencia específica a la normativa nacional española controvertida en el litigio principal; referencia específica que, sin embargo, sí que se encuentra en la fundamentación jurídica de la propia sentencia, la cual, por lo demás, aporta datos y consideraciones que permiten concluir sin margen para la duda que la legislación española es, desde el punto de vista de la salvaguardia del "efecto útil", plenamente conforme con el Derecho europeo de referencia.

Así, el pár. 56 de la sentencia, recapitulando lo dicho en los anteriores, señala que " el artículo 22, apartado 2, de la Directiva 2005/60 no se opone a una normativa nacional como la controvertida en el asunto principal si ésta responde a los requisitos enunciados en los apartados 49 a 51 y 54 de la presente sentencia". Pues bien, ciertamente, en la normativa nacional examinada no se aprecia ninguna oposición a lo señalado en esos apartados. Con toda evidencia, tal y como apunta el apartado 49, esta normativa tiene como finalidad reforzar, respetando el Derecho de la Unión, la eficacia de la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. Por añadidura, no hay razones para dudar de que, tal y como exige el apartado 50, la regulación nacional española no compromete los principios establecidos por la Directiva 2005/60 en relación con las obligaciones de información de las entidades que están sujetas a ellas, ni limita la eficacia de las formas de cooperación y de intercambio de información existentes entre las UIF previstas en la Decisión 2000/642. De hecho, el apartado 55 indica que una normativa de este tipo no menoscaba el mecanismo de cooperación entre las UIF previsto en la Decisión 2000/642, sino que prevé, al margen de éste, un medio para que la UIF del Estado miembro afectado obtenga directamente información en el caso específico de una actividad ejercida en libre prestación de servicios en su territorio; el apartado 67 señala que una normativa nacional como la aquí controvertida que impone la transmisión a la UIF del Estado miembro de acogida de información sobre las operaciones realizadas en libre prestación de servicios en el territorio de dicho Estado miembro, es una medida idónea para lograr, de manera efectiva y congruente, el objetivo perseguido por dicha normativa nacional; y el apartado 75 puntualiza que la transmisión directa de la información necesaria a la UIF del Estado miembro en cuyo territorio se realizan las operaciones es el medio más apropiado para garantizar una lucha eficaz contra el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, mientras que, por el contrario, como el propio TJUE advierte, el mecanismo de cooperación entre UIF's presenta "ciertas lagunas" (pár. 73), sobre todo cuando, como es el caso, nos hallamos ante actividades realizadas en libre prestación de servicios, respecto de las cuales recurrir únicamente al mecanismo de la



<http://civil-mercantil.com/>

cooperación entre las UIF para obtener información necesaria para luchar contra el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo "presenta especiales dificultades" (pár. 77).

Más aún, no hay en esta normativa ninguna exención para las entidades de crédito contempladas en la Directiva 2005/60 de su obligación de facilitar la información requerida a la UIF del Estado miembro en cuyo territorio se encuentran con arreglo al artículo 22 de dicha Directiva, por lo que se cumple la salvedad del apartado 51; y finalmente tampoco existe en la legislación nacional controvertida ninguna exención para la UIF de su obligación de cooperar con las UIF de los demás Estados ni se altera el derecho de esa misma UIF a solicitarles la transmisión de documentos o información a efectos de la lucha contra el blanqueo de capitales, quedando así salvaguardada la matización del apartado 54.

Así las cosas, las alegaciones de la recurrente sobre el supuesto daño que para el "efecto útil" de la normativa comunitaria deriva de la regulación española carecen de fundamento, pues más bien ocurre justamente lo contrario, que la normativa española suple o supera las carencias y limitaciones que resultan de la normativa europea y que el mismo TJUE constata.

Por otra parte, declara también la sentencia, recordemos, que "el artículo 56 TFUE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa de este tipo si ésta se justifica por una razón imperiosa de interés general, es adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue, no va más allá de lo necesario para alcanzarlo y se aplica de forma no discriminatoria, extremos que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional nacional, habida cuenta de las siguientes consideraciones:

- tal normativa es adecuada para lograr el objetivo de la prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo si permite al Estado miembro afectado controlar y suspender efectivamente las transacciones financieras sospechosas realizadas por las entidades de crédito que prestan sus servicios en el territorio nacional y, en su caso, perseguir y sancionar a los responsables;

- la obligación impuesta por dicha normativa a las entidades de crédito que ejercen sus actividades en libre prestación de servicios puede constituir una medida proporcionada para lograr dicho objetivo si, en el momento de los hechos del litigio principal, no existía un mecanismo eficaz que garantizara una cooperación plena y completa de las unidades de información financiera".

Pues bien, si nos atenemos a la fundamentación jurídica de la sentencia, leemos en ella: primero, que la lucha contra el blanqueo de capitales justifica la adopción de medidas legislativas como la cuestionada (pár. 62 a 64); segundo, que "una normativa nacional, como la controvertida en el asunto principal, que impone la transmisión a la UIF del Estado miembro de acogida de información sobre las operaciones realizadas en libre prestación de servicios en el territorio de dicho Estado miembro es una medida idónea para lograr, de manera efectiva y congruente, el objetivo perseguido por dicha normativa nacional" (pár. 67); tercero, que la normativa española examinada no es desproporcionada (pár. 83), y cuarto, que no es discriminatoria (pár. 84). A la vista de estas consideraciones de la sentencia, y singularmente de las plasmadas en sus apartados 67, 83 y 84, que no se han formulado con carácter general y abstracto sino que se refieren específicamente a esta normativa nacional, pocas dudas pueden albergarse sobre la adecuación o idoneidad, proporcionalidad y no discriminación de la legislación española cuestionada por la actora; quedando así desprovistos de vigor sus alegaciones sobre el particular.

Por lo demás, la recurrente se acoge al inciso de la parte dispositiva de la sentencia que señala que "tal normativa es adecuada para lograr el objetivo de la prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo si permite al Estado miembro afectado controlar y suspender efectivamente las transacciones financieras sospechosas"; enfatizando que -siempre según su parecer- la legislación española concernida no permite suspender las operaciones sospechosas, de lo que deduce que esa normativa no es adecuada. La alegación se formula por primera vez en el trámite de alegaciones sobre

<http://civil-mercantil.com/>

la sentencia del TJUE y no ha sido, por tanto, objeto de debate procesal contradictorio. De todos modos, ese inciso es explicativo del aserto principal del Tribunal, previamente expresado en la propia parte dispositiva, de que la normativa nacional no infringe el art. 56 si " es adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue" ; y ya se ha dicho que es el propio TJUE el que en el pár. 67 de la sentencia califica de plenamente idónea para conseguir el objetivo propuesto a esa normativa.

Tercero.

En estas circunstancias y descartado el argumento principal de la recurrente, procede examinar las consideraciones que la misma califica "ad cautelam" y que se refieren al ajuste legal de las sanciones impuestas.

En el examen de las distintas infracciones debe tenerse en cuenta un elemento común a todas ellas y es el de que la recurrente en ningún momento discute la realidad fáctica en la que éstas se asientan, pues, en coherencia con su planteamiento, la recurrente ha concentrado su alegato en negar la existencia de obligaciones de comunicación con el SEPBLAC. No obstante lo anterior, pone de manifiesto, además, algunas observaciones, de carácter estrictamente jurídico, como la aplicación del principio de consunción penal o la inobservancia del de tipicidad.

Por ello, deben darse por probados los hechos que se refieren a la descripción de las operaciones calificadas como sospechosas, detallados en los hechos probados quinto, octavo, noveno y décimo, de la OM de 14 de septiembre de 2009, establecidos sobre la base del Informe de la Inspección del Servicio Ejecutivo del Banco de España de fecha 15 de septiembre de 2008, sin perjuicio de que también realicemos una remisión global a la misma, en la medida en que los hechos descritos no han sido impugnados. A continuación, se realizará un examen de las cuestiones jurídicas planteadas por la recurrente en su demanda, respecto a cada una de las infracciones en cuestión.

En relación a la primera de ellas, por "no establecer procedimientos y órganos adecuados de control interno y de comunicación", debemos concluir que resulta ajustada a derecho por las razones que se indican en la resolución y que no han dio desvirtuadas por la recurrente. Debe subrayarse el carácter preventivo de esta obligación, pues si no existe una mínima organización interna para detectar este tipo de operaciones sospechosas, difícilmente podrá cumplirse con las obligaciones impuestas en su momento por la Ley 19/1993 y en la actualidad por la Ley 10/2010, con lo que se da respuesta a su argumento respecto de la falta de tipicidad de la conducta, al vincular la recurrente la comisión de la infracción a la falta de envío de comunicaciones. En efecto, la infracción se entiende cometida desde el momento en que la recurrente no procedió a nombrar un representante ante el SEPBLAC y no informó a este organismo, siendo, por otra parte, inherente a la obligación impuesta la transmisión de información, dadas las facultades que el tipo infractor concede a la autoridad de supervisión en orden a imponer medidas correctoras por lo que la específica obligación de transmisión de información, impuesta por el artículo 6.11 del RD puramente confirmatoria de las obligaciones establecidas en el tipo infractor.

Por ello, y en atención a la finalidad preventiva de esta obligación, esta conducta no puede entenderse subsumida en la infracción siguiente, ya que ambas persiguen objetivos diferentes y se establecen desde perspectivas distintas.

En relación a la sanción por "no comunicar al Servicio Ejecutivo operaciones sospechosas y no abstenerse en la ejecución de operaciones sin la preceptiva comunicación al Servicio Ejecutivo", también debemos proceder a su confirmación, procediendo a un análisis separado de ambas conductas.

Por lo que respecta a la primera de ellas, debemos subrayar que no concurre la violación del principio "non bis in idem", pues la conducta sancionada con falta muy grave es la prevista en el segundo párrafo del artículo 3.4 a) de la Ley 19/1993 , consistente en la falta de envío del reporting sistemático o



<http://civil-mercantil.com/>

comunicación mensual de operaciones, mientras que, la conducta objeto de sanción en este caso, se encuentra prevista en el párrafo primero y se refiere a la falta de comunicación de hechos u operaciones puntuales en las que exista un indicio de blanqueo. Se trata de conductas distintas y además la norma represiva persigue objetivos diferentes en uno y otro caso, por lo que no se cumple la triple identidad de sujeto, objeto, y bien jurídico protegido, que exige la jurisprudencia para concluir que ha existido violación del referido principio.

La segunda imputación, no abstención en la ejecución de operaciones sin la preceptiva comunicación al Servicio Ejecutivo, debe mantenerse en los términos hechos por la resolución impugnada, destacando que la recurrente centra su defensa en la no obligación de comunicación al SEPBLAC.

En términos generales y en relación con la invocación del principio de consunción penal respecto de las obligaciones de examen y comunicación, debemos remitirnos a lo dicho en el, punto 4 de la OM de 15 de septiembre de 2009, resolutoria del recurso de reposición interpuesto contra la inicial OM de 14 de abril de 2009, en la medida en que de forma clara distingue las imputaciones realizadas, de forma separada, para cada una de las obligaciones, tanto de comunicación, como de examen de operaciones.

Así, las operaciones respecto de las que se imputa falta de comunicación, se describen en el cuadro 2 del anexo 4 del informe de la inspección por un total de 508.803,92 euros, mientras que aquellas a las que se imputa la infracción del deber de examen especial se identifican en las escrituras públicas proporcionadas por el Consejo General del Notariado y las operaciones de la cuenta de corresponsalía detallada más arriba de los cuadros 1,3,5, y 7 del anexo 4 del informe de inspección (anexo 6 de la resolución).

Al realizarse las distintas imputaciones de formas separada y en relación a distintas operaciones, no cabe hablar de la aplicación del principio de consunción penal.

Finalmente, en relación con la tercera infracción, vinculada al incumplimiento de la obligación de obligación de examen especial de operaciones sospechosas, también debe ser confirmada su comisión.

Nuevamente en esta ocasión, debemos remitirnos a la OM de 15 de septiembre de 2009, en la medida en que se detallan las operaciones sospechosas no analizadas por la recurrente, que insiste en la falta de obligación de realizar dicho examen y de comunicarlo al SEPBLAC. El hecho de haber comunicado 11 operaciones a las autoridades gibraltareñas, en modo alguno desvirtúa los hechos imputados, aunque finalmente la información hubiera sido remitida al SEPBLAC, pues las operaciones detectadas eran distintas y más numerosas.

En atención a lo expuesto, procede desestimar íntegramente el recurso.

Cuarto.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA procede imponer las costas a las parte recurrente, vencida en este proceso, sin que se aprecien por la Sala la existencia de serias dudas que justifiquen un especial pronunciamiento sobre esta materia.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás +de pertinente y general aplicación, venimos a pronunciar el siguiente

FALLO



<http://civil-mercantil.com/>

Desestimamos el recurso interpuesto y en consecuencia confirmamos el acto impugnado. Se imponen las costas a la recurrente. Así por ésta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 248 de la LOPJ , al tiempo de notificar la presente sentencia, se indicará a las partes que contra la misma cabe recurso de casación ordinario ante la Sala III del Tribunal Supremo, que podrá preparar ante este mismo Tribunal en los diez días siguientes a la notificación de la Sentencia.

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia fue leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado ponente, en audiencia pública.

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.