



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 2502/2016, de 23 de noviembre de 2016

Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 3.ª)

Rec. n.º 1003/2015

SUMARIO:

Prevención del blanqueo de capitales. Procedimiento administrativo sancionador. Infracciones graves. Principio de proporcionalidad. Incumplimiento de las obligaciones impuestas a las entidades de crédito. Sanción de un millón de euros impuesta por el Consejo de Ministros al Banco de Santander, como sucesor universal de Banesto, por una falta muy grave prevista en la Ley de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, relativa a la falta de documentación justificativa de cargos y abonos de una cuenta bancaria y la obligación de conservación de documentos y personas intervinientes. La acreditación de una operación por cuenta, encargo o en nombre de otro, requiere la autorización adecuada para hacerlo. Y la constancia de una operación exige la identificación de quien la hace, y la copia del DNI no suple a una autorización, ni las anotaciones contables ni los documentos reflejo de una operación, acreditan adecuadamente su realización. No se puede hablar de una situación ocasional, sino que en algunos tipos de operaciones se demuestra una situación masiva, continuada y recurrente de incumplimiento, se detectan 601 incumplimientos. En materia de sucesión de personas jurídicas la sucesora universal asume la totalidad de la organización de la anterior, y sus consecuencias jurídicas. Para que la responsabilidad infractora de una persona jurídica se extinga por su extinción requiere su liquidación y aquí, materialmente, las funciones de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo de Banesto y Banco Santander eran comunes y compartidas. Las operaciones se circunscriben a una sola oficina y a una cuenta, por lo que en atención a esta circunstancia se estima que la sanción correspondiente, habiéndose sancionado a la entidad en los cinco años anteriores por la misma infracción, debe encontrarse en el tramo inferior.

PRECEPTOS:

Ley 19/1993, arts. 2, 3 y 5.

Ley 10/2010, arts. 2, 48, 51.1 f), 52.1 l), 56 y 59.1.

Ley 58/2003 (LGT), art. 95.1 i).

Ley Orgánica 10/1995 (CP), art. 130.2.

PONENTE:

Don Ángel Ramón Arozamena Laso.

Magistrados:

Don ANGEL RAMON AROZAMENA LASO

Don DIEGO CORDOBA CASTROVERDE

Don EDUARDO CALVO ROJAS

Don EDUARDO ESPIN TEMPLADO

Don JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT



www.civil-mercantil.com

Don JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR
Doña MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH
Don PEDRO JOSE YAGÜE GIL

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 2.502/2016

Fecha de sentencia: 23/11/2016

Tipo de procedimiento: REC.ORDINARIO(c/a) Número del procedimiento: 1003/2015

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria

Fecha de Votación y Fallo: 08/11/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Ramón Arozamena Laso

Procedencia: CONSEJO MINISTROS

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurelia Lorente Lamarca

Transcrito por: MDC Nota:

Resumen

Sanción por infracción de la normativa de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. Artículos 3 y 5 de la Ley 19/1993 y artículos 51.1.f) y 52.1.l) de la Ley 10/2010 . Infracción muy grave en relación con la obligación de conservación de documentos. No es un incumplimiento ocasional y aislado para calificarlo como infracción leve. Existe reiteración: sanción a Banesto y Banco de Santander. No se vulnera el principio de proporcionalidad.

REC.ORDINARIO(c/a) núm.: 1003/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Ramón Arozamena Laso

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurelia Lorente Lamarca

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera



www.civil-mercantil.com

Sentencia núm. 2502/2016

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Pedro José Yagüe Gil, presidente
D. Eduardo Espín Templado
D. José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat
D. Eduardo Calvo Rojas
D^a. María Isabel Perelló Doménech
D. José María del Riego Valledor
D. Diego Córdoba Castroverde
D. Ángel Ramón Arozamena Laso

En Madrid, a 23 de noviembre de 2016.

Esta Sala ha visto el presente recurso contencioso-administrativo núm. 1003/2015 interpuesto por el BANCO DE SANTANDER, S.A. , representada por el Procurador de los Tribunales D. Eduardo Codes Feijoo, contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de junio de 2015, por el que se sanciona a la entidad por infracción de la normativa de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

Ha sido parte recurrida el Abogado del Estado en la representación que legalmente ostenta de la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ángel Ramón Arozamena Laso.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Por la representación procesal del Banco de Santander, S.A., se ha interpuesto recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de junio de 2015, por el que se sanciona a la entidad por infracción de la normativa de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, el cual fue admitido por la Sala, motivando la publicación del preceptivo anuncio en el Boletín Oficial del Estado y la reclamación del expediente administrativo que, una vez recibido, se entregó a la parte recurrente para que formalizase la demanda dentro del plazo de veinte días, lo que verificó con el oportuno escrito en fecha 29 de diciembre de 2015 en el que, después de exponer los hechos y alegar los fundamentos jurídicos que consideró procedentes, terminó suplicando a la Sala:

«(...) dicte sentencia por la que, con expresa condena en costas a la Administración demandada, acuerde estimar el presente recurso y, en consecuencia:

1º) Anule íntegramente el Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de junio de 2015, por el que se resuelve el expediente sancionador de ref. NUM000 seguido por la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias contra la Sociedad, por infracción de la normativa sobre prevención del blanqueo de capitales, en el que se acuerda



www.civil-mercantil.com

imponer a BANCO SANTANDER una sanción por una infracción muy grave prevista en la Ley 10/2010, por ser contrario a Derecho, y, consecuentemente, condene a la Administración a publicar el fallo de la Sentencia que ponga fin a los presentes autos en el Boletín Oficial del Estado a su costa.

2º) Subsidiariamente a la pretensión anterior, proceda a anular parcialmente el Acuerdo impugnado declarando que la infracción que se atribuye a BANCO SANTANDER debe calificarse como "leve" y, con arreglo al artículo 52.2 de la Ley 10/2010, fije su montante en 60.000,00 euros; anule íntegramente la sanción de amonestación pública; y, en consecuencia, condene a la Administración a publicar el fallo de la Sentencia que ponga fin a los presentes autos en el Boletín Oficial del Estado a su costa.

3º) De forma subsidiaria a los dos puntos anteriores, proceda a anular parcialmente el Acuerdo impugnado declarando que la infracción que se atribuye a BANCO SANTANDER debe calificarse como "grave" y, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 52.1.1) de la Ley 10/2010, fije la cuantía de la sanción en un máximo de 200.000,00 euros; anule íntegramente la sanción de amonestación pública, declarando en su lugar procedente una sanción de amonestación privada; y condene a la Administración a publicar el fallo de la Sentencia que ponga fin a los presentes autos en el Boletín Oficial del Estado a su costa.

4º) Subsidiariamente a todo lo anterior, y en caso de que se mantuviese la calificación de la infracción como muy grave, declare la desproporcionalidad de la sanción de 1.000.000,00 de euros y fije la cuantía de la sanción en 150.000,00 euros».

Segundo.

El Abogado del Estado, se opuso a la demanda con su escrito presentado el 26 de enero de 2016 en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derechos que estimó oportunos, terminó suplicando a la Sala se dicte sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda, confirmando el acto recurrido, con costas.

Tercero.

Por providencia de fecha 19 de febrero de 2016 se acordó que no habiendo propuesto ninguna de las partes y no estimándose necesaria la celebración de vista pública, se concedió a la representación de la parte demandante el término de diez días para que presentase escrito de conclusiones sucintas de los hechos por el mismo alegados y motivos jurídicos en que se apoyasen.

Cuarto.

Habiendo evacuado la parte demandante el trámite de conclusiones mediante escrito en fecha 10 de marzo de 2016, se dió traslado del mismo a la parte demandada para que presentase sus conclusiones y que realizó mediante escrito en fecha 16 de marzo de 2016, quedando las actuaciones concluidas y pendientes de señalamiento para votación y fallo cuando por turno correspondiera.

Quinto.

Por providencia de 21 de septiembre de 2016, se señaló para votación y fallo el día 8 de noviembre de 2016, en que tuvo lugar su celebración.



www.civil-mercantil.com

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Se impugna el Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de junio de 2015, por el que impone a la entidad recurrente, Banco de Santander, S.A., como sucesora universal de Banco Español de Crédito, S.A., una sanción de 1.000.000 euros y amonestación pública, como responsable de una infracción muy grave, prevista y sancionada en el artículo 51.1.f) de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo - y su publicación en el Boletín Oficial del Estado-, puesta en relación con el artículo 52.1.l) del mismo cuerpo legal, por la comisión de una infracción grave cuando los cinco años anteriores ha sido impuesta una sanción firme en vía administrativa por el mismo tipo de infracción, consistente en la falta de conservación de la documentación justificativa de operaciones con la cualificación de reiteración, en relación a los movimientos de una cuenta corriente abierta en una sucursal, conforme a los datos que a continuación se precisarán.

Segundo.

Consta de los documentos obrantes en el expediente -y así se recoge en la resolución impugnada- que la AEAT emite un informe en el marco de lo establecido en el artículo 95.1.i) de la Ley General Tributaria y 48 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, por si los hechos que se describen pudieran constituir incumplimientos de las obligaciones establecidas en la citada norma de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo y en el reglamento de desarrollo.

Como resultado de las actuaciones inspectores de obtención de información y de comprobación e investigación de contribuyentes vinculados con el denominado grupo Nueva Rumasa de la Dependencia Regional de Inspección de la Delegación Especial de la AEAT en Andalucía, con sede en la Delegación de Jerez de la Frontera, se emite el señalado informe en el que se ponen de manifiesto los siguientes hechos:

«Se ha precedido a analizar una serie de operaciones financieras realizadas en las sucursales 4075 y 4138 de la entidad Banasto en las cuales se observa una operatoria en la mencionada entidad de crédito, que como tal se configure como uno de los sujetos obligados por la ley de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo (el artículo 2 de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, y el artículo 2 de la Ley 10/2010, de 28 de abril), que puede suponer el incumplimiento de las obligaciones impuestas a este tipo de entidades por la normativa señalada. Además, las operaciones analizadas han podido ser utilizadas para la presunta comisión de un delito de estafe investigado por el Juzgado Central nº 5 de la Audiencia Nacional, han podido suponer una ocultación de las personas intervinientes, del origen de los fondos y de la naturaleza de la operación, como establece el artículo 1.2 de la LBC.

En concreto los incumplimientos a los que nos referimos, y que son descritos detalladamente más adelante, afectarían al incumplimiento por parte de la entidad de crédito mencionada de las obligaciones de diligencia debida establecidas en la Sección 1ª del Capítulo 11 de la Ley 10/2010, de 28 de abril (art 3 Ley 19/1993, de 28 de diciembre)».

Y, a continuación, los hechos considerados por el acto recurrido aparecen en la resolución sancionadora y que se consideran acreditados -el detalle de los cuadros con los movimientos bancarios aparecen en dicha resolución-, son los siguientes:



www.civil-mercantil.com

«La cuenta bancaria que ha sido objeto de análisis por parte de la Inspección es la cuenta con el Código de Cuenta Cliente 0030/ NUM001 cuyo titular es la entidad VINÍCOLA SOTO S.A. con N.I.F. A11823127 y único autorizado Petra con N.I.F. NUM002 .

Los movimientos de la cuenta bancaria fueron aportados por la entidad Banesto en contestación al requerimiento de información de la AEAT NUM003 , de 4 de agosto de 2011, notificado el 8 de agosto de 2011.

Con fecha 28/05/2012 se notificó a la entidad Banesto requerimiento de Información NUM004 en el cual se solicitaba, entre otra información/documentación, la documentación justificativa de los cargos y abonos de la cuenta bancaria NUM005 .

Análisis de la cuenta NUM005

Los movimientos de la cuenta aportados por la entidad bancaria en contestación al requerimiento de información son los correspondientes al periodo entre el 02/01/2007 y el 21/07/2011.

Los cargos en la cuenta en el periodo mencionado suman 58.261.577,00 € y los abonos 58.107.248,24 €.

A pesar de la gran cantidad de abonos que existen en la cuenta, a simple vista podemos observar como el saldo que se mantiene en la cuenta es relativamente pequeño debido a que, cuando se producen abonos en la misma, en el mismo día o en un corto periodo de tiempo, se realizan cargos.

En primer lugar se analizan los cargos en los cuales se han detectado anomalías en la operatoria, consistiendo los mismos principalmente en disposiciones en efectivo de la misma, realizados mediante Reintegros de Caja y mediante cobro de cheques.

A. CARGOS

A.1. DISPOSICIONES EN EFECTIVO MEDIANTE REINTEGROS DE CAJA

La suma de los importes cargados en la cuenta por el concepto "Disposición efectivo en oficina" es de 19.868.800,29 € siendo al suma por ejercicio y el número de disposiciones el siguiente:

Prácticamente la totalidad de los cargos por disposición en efectivo se han realizado en el periodo comprendido entre el día 02/01/2007 y el día 12/03/2009.

La disposición de mayor importe se realizó el día 12/01/2007 siendo el importe de la misma de 500.000,00 €.

Todas las disposiciones se han realizado en la oficina 4075 del Banesto (oficina principal de Jerez de la Frontera), salvo dos que se han realizado en el año 2008, por importe de 40.000,00 € cada una, en la oficina 4318(oficina de empresas de Jerez de la Frontera).

De la documentación aportada por la entidad bancaria podemos comprobar que, prácticamente la totalidad de las disposiciones mediante reintegros (recibís), han sido firmadas por Petra , lo que supone una retirada de fondos por parte de la misma. En actuaciones inspectoras acerca de Petra se le requirió el destino de los fondos retirados de la cuenta de Vinícola Soto S.A. manifestando que "En ningún momento ha realizado disposiciones en efectivo en la entidad BANESTO. Solicita que la Inspección requiera a la entidad BANESTO para que identifique a la persona o personas que realmente realizaron las disposiciones a las que se hace mención en la diligencia".

Con fecha 07/11/2012 se notificó a la entidad Banesto requerimiento de información NUM006 en el cual se solicitaba, en base a la manifestación realizada por Petra , que



www.civil-mercantil.com

identificase la persona o personas que han realizado las disposiciones en efectivo. En la contestación recibida de la entidad Banesto consta que "En contestación a los dos requerimientos arriba referenciados (NUM007 y NUM008), les participamos, según nos informa D. Ruperto y D. Juan Pablo , empleados de la sucursal 4318 sita en Jerez de la Frontera, que casi todas las disposiciones interesadas en sus comunicaciones han sido efectuadas por D. Eliseo y por D. Laureano , significando que estamos a la espera de recibir copia de sus Documentos Nacionales de Identidad y en cuanto obren en nuestro poder se lo remitiremos".

También es importante destacar que la entidad bancaria en contestación al requerimiento de información NUM009 manifestó que "... las disposiciones eran retiradas por empleado que traían el impreso firmado, no viniendo la persona de Doña Petra ". Las disposiciones a las que se hace referencia son las realizadas los días 02/01/07, 12/01/07 y 06/02/07, por importes de 250.000,00 €, 500.000,00 € y 100.000,00 €, respectivamente. Estas disposiciones están documentadas de la misma forma que todas las realizadas en la cuenta de la entidad VINICOLA SOTO S.A.

En relación con las disposiciones mediante reintegros de caja podemos concluir que el documento bancario era firmado en blanco por Petra ya que, de la propia contestación de la entidad bancaria se desprende que Petra no realizó las disposiciones en efectivo y, por tanto, no se encontraba en la entidad bancaria.

En las disposiciones en efectivo mediante reintegros de Caja la entidad bancaria no ha identificado a las personas que realmente realizaba las mismas ocultando su identidad.

A.2. PAGOS DE CHEQUE

Anteriormente se ha mencionado que las disposiciones en efectivo mediante reintegros de Caja se han realizado prácticamente hasta el día 12/03/2009. A partir de dicha fecha las disposiciones en efectivo se han realizado mediante el cobro de cheques librados con cargo a la cuenta bancaria.

A continuación se presenta un cuadro resumen con los cheques que se han pagado en efectivo con cargo a la cuenta de Vinícola Soto, separando por ejercicio y por persona que tiene imputado su cobro, según la información/documentación obrante en la Inspección:

Prácticamente todas las disposiciones mediante cheques han sido realizadas por Eliseo y Laureano siendo el día 16/03/2009 cuando se realiza la primera disposición de efectivo mediante cheque con cargo a la cuenta. Esto supone un cambio en la forma de disponer de efectivo ya que hasta el día 12/03/09, como hemos visto anteriormente, se disponía de efectivo mediante Reintegros de Caja.

A Petra se le requirió que justificase el destino de los siguientes cheques cobrados en la entidad BANESTO sucursal 4075 de Jerez de la Frontera, manifestando que "No ha cobrado cheques en la entidad BANESTO. Recuerda que únicamente ha acudido una sola vez a la entidad BANESTO a cobrar un cheque, porque su hermano estaba enfermo, entregándole el efectivo a Laureano ".

Con fecha 07/11/2012 se notificó a la entidad Banesto requerimiento de información NUM006 en el cual se solicitaba, en base a la manifestación realizada por Petra el día 29/06/2012, que identificase a la persona o personas que realmente han efectuado las retiradas en efectivo mediante los cheques relacionados, recibándose la misma contestación que para el requerimiento NUM008 y que ya se ha mencionado anteriormente.

Como hemos mencionado, a partir de marzo de 2009 las disposiciones en efectivo de la cuenta se realizan prácticamente mediante el cobro de cheques y son realizadas por Eliseo .



www.civil-mercantil.com

Esto es debido a que Eliseo está contratado formalmente por la entidad VINÍCOLA SOTO S.A. en el periodo comprendido entre el día 02/02/2009 a 09/09/2010 tal como se desprende de la consulta realizada a la base de datos de la Tesorería General de la Seguridad Social, de la documentación aportada en actuaciones inspectoras y de la base de datos de la A.E.A.T.

De la información suministrada por la entidad Banesto a través del Modelo 199 (Declaración anual de identificación de las operaciones con cheques de las entidades de crédito), y obtenida por la Inspección a través de la consulta a la base de datos de la A.E.A.T. mediante la aplicación ZUJAR, la entidad bancaria imputó el cobro de cheques a Laureano con N.I.F. NUM010 por importe de 2.560.000,00 € en 2010 y de 1.589.066,63 € en 2011. Del cruce de la información obtenida a través del ZUJAR con la documentación aportada por la entidad Banesto en contestación al requerimiento de información NUM004 , podemos decir que Laureano dispuso de 2.348.000,00 € en 2010 y de 1.374.066,63 € en 2011, salvo error en la información/documentación aportada por Banesto. la entidad BANESTO sucursal 4075 de Jerez de la Frontera:

A.3. ÓRDENES DE TRANSFERENCIAS

En la documentación facilitada por la entidad bancaria en contestación al requerimiento de información NUM004 , constan copias de órdenes de transferencias firmadas por Petra . Dichas órdenes de transferencias constan realizadas sobre papel con membrete de la entidad VINÍCOLA SOTO S.A.

Con fecha 05/02/2013 se notificó a la entidad Banesto requerimiento de información NUM011 mediante el cual se solicitaba a la misma que el día 15/02/2013 tuviese a disposición de la Inspección los movimientos del Diario de Caja de la oficina 4318 de los días 20 y 21 de abril de 2010.

Con fecha 15/02/2013 la Inspección se personó en la oficina 4318 al objeto de obtener documentación de los días requerido obteniéndose entre otra copia de dos órdenes de transferencias realizadas por la entidad VINÍCOLA SOTO S.A. el día 21/04/2010 a Leovigildo y a Virginia . Comprobados los originales se observó que la firma no es manuscrita.

Realizado un muestreo de las copias de las órdenes de transferencias remitidas por Banesto en contestación al requerimiento de información NUM004 la Inspección aprecia una coincidencia absoluta en todas las firmas.

En cuanto a estas órdenes de transferencias podemos concluir que las mismas no han sido firmadas de forma manuscrita por Petra sino que su firma se encuentra digitalizada.

A.4. OPERACIONES REALIZADAS POR PERSONA NO AUTORIZADA EN LA CUENTA

Se han detectado movimientos en la cuenta cuyo justificante documental no ha sido firmada por la persona autorizada en la misma, Petra . Concretamente se han realizados las siguientes operaciones firmadas por las siguientes personas:

- Eliseo :

Disposiciones en efectivo mediante reintegros realizados de Caja los días 11/10/07, 30/07/2010 y 05/08/2010 por importes de 20.000,00 €, 5.000,00 € y 55.000,00 €, respectivamente.

Operaciones de compra de moneda extranjera.



www.civil-mercantil.com

Orden de pago de impuestos de la entidad COMPLEJO BODEGUERO BELLAVISTA S.L. y órdenes de transferencia y de emisión de cheques bancarios.

En los siguientes casos, Eliseo ha dispuesto de la cuenta en fechas en las que no constaba formalmente como empleado de la entidad VINICOLA SOTO (...).

- Laureano :

Operaciones de compra de moneda extranjera. Consultada la base de datos de la A.E.A.T. y la T.G.S.S., Laureano , en el periodo analizado de la cuenta bancaria, en ningún momento ha constado como empleado de la entidad VINICOLA SOTO S.A.

Una vez analizadas los cargos en la cuenta bancaria en los que se han observado algunas anomalías se analizan los abonos existiendo, igualmente, en algunos de ellos anomalías, tal como se va a poner de manifiesto.

B. ABONOS

B.1. INGRESOS EN EFECTIVO

En la cuenta bancaria se han realizado ingresos en efectivo, algunos de ellos superiores a 3.000,00 €, no identificándose a la persona que realiza el mismo.

De los siguientes ingresos en efectivo que constan en la cuenta bancaria, la entidad ha aportado copia de los siguientes documentos en los que no consta identificación de la persona que realiza el mismo sin firmar (...).

No habiéndose aportado copia documental de los siguientes (...). B.1. INGRESOS DE CHEQUES

De la documentación facilitada por la entidad bancaria en contestación al requerimiento de información NUM004 , en la cuenta de VINICOLA SOTO S.A. se han ingresado cheques no constando en el documento de ingreso firma alguna de la persona que realiza el ingreso, desconociéndose la persona que realiza el mismo.

En muchos de los casos se puede observar que los cheques son nominativos, siendo el beneficiario de los mismos persona/entidad distinta del titular de la cuenta donde se ingresan».

Tercero.

Los motivos de la demanda se enuncian así:

1) Banesto cumplió de forma sustancial con las obligaciones de conservación de documentos y, en consecuencia, a su juicio, no existe las infracciones tipificadas en los artículos 5.2 de la Ley 19/1993 y 52.1.1) de la Ley 10/2010 .

2) Subsidiariamente, procedencia de que se califique la supuesta infracción que se atribuye a Banco de Santander como leve, de acuerdo con el artículo 52.2 de la Ley 10/2010 ; el supuesto incumplimiento atribuido a la sociedad sería meramente ocasional o aislado y no existirían indicios de blanqueo de capitales.

3) Subsidiariamente, procedencia de calificar la infracción atribuida a Banco de Santander como grave, en virtud de lo dispuesto en el artículo 52.1.1) de la Ley 10/2010 .

4) De forma subsidiaria a lo anterior, y en caso de que se mantuviese la calificación de la infracción como muy grave, la sanción de 1.000.000 de euros sería desproporcionada.



www.civil-mercantil.com

La demanda se funda, así, en que no ha existido la falta de conservación documental; en que la infracción, en todo caso, debería haber sido calificada de leve; que no es procedente la cualificación de reiteración; y, por último, que la sanción es desproporcionada.

Cuarto.

Como esta Sala ha dicho en ocasiones anteriores (así sentencia de 30 septiembre de 2013 -recurso de casación núm. 5633/2009 -) lo esencial, según designio objetivado del legislador, no es vincular la obligación de realizar el examen especial sólo a operaciones sospechosas, sino también a operaciones inusuales. A estos efectos, debe significarse que la lucha contra el blanqueo de capitales constituye uno de los objetivos nucleares de las políticas de transparencia económica de la Unión Europea, cuya implementación y ejecución requiere de la colaboración de las entidades financieras y aseguradoras que están obligadas a poner en conocimiento de las autoridades cualquier hecho que pudiera ser indicio de blanqueo de capitales, debiendo para ello contar con los mecanismos organizativos y procedimentales adecuados e idóneos para desarrollar esa función, que deberán ser proporcionados.

En la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de abril de 2013 (Asunto C-212/11), se pone de relieve la transcendencia, por su interés público, de avanzar en el objetivo de erradicar el blanqueo de capitales, en los siguientes términos:

«[...] La prevención y la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo constituyen objetivos legítimos que los Estados miembros han asumido tanto a nivel internacional como a nivel de la Unión.

[...] Como indica el considerando 1 de la Directiva 2005/60, que tiene por objetivo poner en práctica en la Unión las recomendaciones del GAFI, "los flujos masivos de dinero negro pueden dañar la estabilidad y la reputación del sector financiero y poner en peligro el mercado único, y el terrorismo sacude los cimientos mismos de nuestra sociedad". Al mismo tiempo, el considerando 3 de dicha Directiva señala que "los blanqueadores de capitales y los financiadores del terrorismo podrían aprovechar la libre circulación de capitales y la libre prestación de servicios financieros que trae consigo un espacio financiero integrado para facilitar sus actividades delictivas".

[...] Por otro lado, el Tribunal de Justicia ya ha admitido que la lucha contra el blanqueo de capitales, que está vinculada a la finalidad de la protección del orden público, constituye un objetivo legítimo que puede justificar una restricción a la libre prestación de servicios (véase, en ese sentido, la sentencia de 30 de junio de 2011, Zeturf, C-212/08, Rec. p. I-5633, apartados 45 y 46)».

Expuestos los hechos recogidos en la resolución sancionadora y considerados acreditados, el tipo sancionador aplicado y la sanción impuesta, así como las anteriores consideraciones generales, debemos pasar a examinar los cuatro motivos del recurso.

Quinto.

Alega, en primer lugar, que Banesto cumplió de forma sustancial con las obligaciones de conservación de documentos y, en consecuencia, no existen las infracciones tipificadas en los artículos 5.2 de la Ley 19/1993 y 52.1.1) de la Ley 10/2010. Solicita que se anule íntegramente el Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de junio de 2015, por el que se resuelve el expediente sancionador seguido por la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias, por infracción de la normativa sobre prevención del



www.civil-mercantil.com

blanqueo de capitales, y se impuso al Banco de Santander una sanción por una infracción muy grave prevista en la Ley 10/2010, y se condene a la Administración a publicar el fallo de la sentencia.

En esencia la demanda defiende que se han justificado documentalmente la mayor parte de las operaciones, al indicar la identidad de las personas intervinientes, aportando copia de su DNI.

Recordemos que el artículo 5 de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre , sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, vigente en su momento -ya quedó reseñado el periodo al que se refieren las operaciones cuestionadas-, establece:

"1. Las infracciones administrativas previstas en esta Ley se clasificarán en graves y muy graves.

2. Sin perjuicio de lo previsto en el apartado siguiente, constituirán infracciones graves el incumplimiento de las obligaciones previstas en los apartados 1, 2, 3, 4, 5, 7, incluida la no adopción de medidas correctoras propuestas por el Servicio Ejecutivo a las que se alude en el artículo 3, número 7 anterior, y 8.

3. Constituirán infracciones muy graves las siguientes: (...) e) Las tipificadas como graves, cuando durante los cinco años anteriores el sujeto infractor hubiera sido condenado en sentencia firme por un delito de los recogidos en el artículo 344 bis, h) o i), del Código Penal o de encubrimiento o receptación en relación con las actividades enumeradas en el apartado 1 del artículo 1 de esta Ley , o sancionado en resolución firme, al menos, por dos infracciones administrativas de las establecidas en la presente Ley (...)"

Y en su artículo 3:

"Obligaciones . Los sujetos mencionados en el artículo precedente quedarán sometidos a las siguientes obligaciones: 1. Exigir, mediante la presentación de documento acreditativo, la identificación de sus clientes en el momento de entablar relaciones de negocio, así como de cuantas personas pretendan efectuar cualesquiera operaciones, salvo aquellas que queden exceptuadas reglamentariamente. No precisarán identificarse las entidades de crédito y demás entidades financieras mencionadas en el artículo 2.1 de esta Ley.(...) 3. Conservar durante un período mínimo de cinco años los documentos que acrediten adecuadamente la realización de las operaciones y la identidad de los sujetos que las hubieran realizado o que hubieran entablado relaciones de negocio con la entidad, cuando dicha identificación hubiera resultado preceptiva. Reglamentariamente podrá ampliarse el período mínimo de conservación de documentos al que se refiere este párrafo".

Por su parte el artículo 2:

"*Sujetos obligados.* 1. Quedarán sujetas a las obligaciones establecidas en la presente Ley: - Las Entidades de Crédito (...)"

La nueva Ley de Prevención del Blanqueo de Capitales 10/2010, de 28 de abril, en su artículo 52.1.1) considera infracción grave " el incumplimiento de la obligación de conservación de documentos, en los términos del artículo 25".

Estableciendo tal artículo 25, la obligación de conservación por parte de los sujetos obligados (entre ellos las Entidades de Crédito) de:



www.civil-mercantil.com

"a) Copia de los documentos exigibles en aplicación de las medidas de diligencia debida, durante un periodo mínimo de diez años desde la terminación de la relación de negocios o la ejecución de la operación.

b) Original o copia con fuerza probatoria de los documentos o registros que acrediten adecuadamente las operaciones, los intervinientes en las mismas y las relaciones de negocio, durante un periodo mínimo de diez años desde la ejecución de la operación o la terminación de la relación de negocios".

Finalmente, el artículo 51 dispone:

"Infracciones muy graves. 1. Constituirán infracciones muy graves las siguientes: (...) f) La comisión de una infracción grave cuando durante los cinco años anteriores hubiera sido impuesta al sujeto obligado sanción firme en vía administrativa por el mismo tipo de infracción".

Tanto en la Ley de 1993 como en la 2010 la obligación de conservación documental se refiere a aquellos documentos que acrediten adecuadamente la realización de las operaciones. No basta, por tanto, que se justifique documentalmente la realización de una operación, sino que, además, debe ser adecuada a la operación. Tratándose de operaciones bancarias, la acreditación adecuada será la que ordinaria o normalmente baste para documentar una operación mercantil. Es decir, no se trata sólo de acreditar que se ha hecho una operación, sino de que ha sido correctamente efectuada.

En este caso nos encontramos con los siguientes datos, tal como resulta de la resolución impugnada y acoge la Abogacía del Estado, sin que hayan sido desvirtuados:

« Retirada de dinero en efectivo : La cuenta con cargo a la que se hicieron retiradas en efectivo de caja, estaba abierta a nombre de Vinícola Soto, S.A., y constaba como única persona autorizada para operar en la cuenta Petra .

La documentación de estas operaciones consiste en la firma por parte de la persona que realiza la retirada de fondos el recibí correspondiente. Lógicamente esta persona debe estar autorizada para disponer de los fondos.

Sin embargo nos encontramos con que las retiradas de fondos en efectivo por caja, cuyo recibí aparece firmado por Petra , no fueron recibidas por ella, sino que según manifiesta Petra -que niega la recepción del efectivo por ella-, y corrobora Banesto, los fondos fueron retirados, en casi todos los casos, por Eliseo o Laureano .

Por consiguiente los fondos en efectivo fueron entregados a persona distinta de la que firma el recibí, sin que conste autorización de la persona que firma el recibí para que el efectivo fuera retirado por la persona que efectivamente lo realizó.

Lo existe la documentación de soporte de la operación (autorización de la persona que firma el recibí).

En el resto de los casos en que los fondos no fueron retirados ni por Petra , ni por Eliseo o Laureano , no existe documentación alguna de soporte sobre la retirada de fondos por persona distinta de la firmante del recibí.

El importe total de estas operaciones a 19.868.800,29 euros, desde 2007 a 2010, con un total de operaciones de retirada de fondos adecuadamente documentada de 350.

Retirada de fondos mediante cheque . Aparecen satisfechos cheques en efectivo, cobrados por Petra . Sin embargo tales cheques fueron cobrados, en realidad, por Eliseo o Laureano . Como en el supuesto anterior. Sólo en una ocasión el cheque cuyo importe aparece recibido por Petra , fue efectivamente per-cibido por ella.



www.civil-mercantil.com

No existe documentación de soporte referida a una posible autorización de la perceptora del che-que a favor de terceras personas, para que lo hicieran en su nombre.

El importe total de estas operaciones ascendió a 629.933,11 euros, desde 2009 a 2011.

Operaciones realizadas por personas no autorizadas . Aparecen operaciones efectuadas con cargo a la cuenta en cuestión firmadas por Eliseo o Laureano . O bien no consta la persona que realiza las operaciones.

No existe documentación de soporte que acredite que tales personas estuvieran autorizadas por la titular de la cuenta Vinícola Soto, S.A. o Petra -única autorizada para disponer de la cuenta-, para efectuarlas. O bien, simplemente, no consta la persona que hace las operaciones.

Ingresos en efectivo . Aparecen relatadas en los hechos operaciones de ingreso en efectivo en la cuenta sin soporte documental alguno o sin que conste la firma de la persona que efectúa la entrega.

Ingresos mediante cheque . Aparecen entregas de cheques (desde 2007 a 2011) para su abono en la cuenta sin la firma de la persona que se dice que lo hace o no consta la persona que hace el ingreso (son 225 operaciones, por un importe total de 22.763.168,86 euros). Luego no tienen un soporte documental adecuado, en cuanto no consta la identidad y certeza de la persona portadora del cheque que entabla la relación contractual con la Entidad de Crédito.

Asimismo aparecen ingresados en la cuenta cheques nominativos librados favor de persona distinta del titular de la cuenta, sin que conste autorización del beneficiario del cheque para realizar la operación de ingreso.

Transferencias. Aparecen 17 órdenes de transferencias que figuran como firmadas por Petra , pero se aprecia manifiestamente que tal firma no ha sido manuscrita por quien se dice haberlo hecho.

Por todo lo cual en las operaciones especificadas en los hechos no existe el soporte documental adecuado para efectuarlas».

Pues bien, la demanda sostiene que se habían presentado copias de los DNI de Eliseo y Laureano , así como que con la documentación conservada puede reconstruirse, en su casi totalidad, las operaciones efectuadas. Sosteniendo que es posible llevar a cabo la identificación de las personas que intervinieron en las operaciones.

Frente a ello la resolución sancionadora es clara cuando dice:

« Como se ha dicho anteriormente la conservación de los documentos puede resultar indispensable en una investigación judicial o policial relacionada con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo y por lo tanto, la documentación suministrada debería ser prueba de la realización de la operación y de todos los intervinientes en la misma y en ningún caso se puede considerar que una copia de los DNI, un documento sin firmar, un documento firmado por persona distinta a la que realiza efectivamente la operación o un documento con una firma digitalizada sean suficiente acreditación para acreditar la realidad de la operación y de los intervinientes en la misma».

La acreditación de una operación por cuenta, encargo o en nombre de otro, requiere la autorización adecuada para hacerlo. Y la constancia de una operación exige la identificación de quien la hace.



www.civil-mercantil.com

En este caso no constan las posibles autorizaciones por Petra o Vinícola Soto, S.A., en otros casos su firma no puede tenerse por autógrafa, en otros no existe identificación del interviniente, en otros no consta la cesión o autorización del titular o beneficiario de la orden de pago.

Por consiguiente, la copia del DNI no supe a una autorización, ni las anotaciones contables ni los documentos reflejo de una operación, acreditan adecuadamente su realización.

Dice la sentencia de esta Sala de 30 de septiembre de 2013 - recurso de casación núm. 5633/2009 - acogiendo una sentencia de la Audiencia Nacional, Sección Sexta, de 17 de julio de 2009 -recurso contencioso administrativo núm. 683/2008 - lo siguiente:

« A la luz del citado precepto, es evidente que la finalidad de dicha Ley es de carácter meramente preventivo, de modo que el sujeto afectado por la misma está obligado a cumplir las obligaciones en ella contenidas, con independencia de que se produzca o no el blanqueo de capitales, lo cual es un delito. Por ello, se ha de valorar, eso sí con aplicación de los citados principios de tipicidad y seguridad jurídica, si el sujeto legalmente obligado a cumplir esas obligaciones no lo ha hecho, ya sea por dolo o negligencia, pues también en este punto se ha de acreditar la culpabilidad al no ser admisible una responsabilidad objetiva por el resultado. Es decir, se ha de probar en este caso que la encartada no ha cumplido con esas obligaciones que para la prevención del blanqueo de capitales le exige la citada Ley, para lo cual no es requisito imprescindible que se hayan producido un concreto blanqueo de capitales porque, a "sensu contrario", si este se ha producido, en ese momento se habría entendido que no se han cumplido con esas obligaciones».

Debe rechazarse pues este primer motivo impugnatorio al estar correctamente tipificada la infracción cometida.

Sexto.

En su motivo segundo pretende, subsidiariamente, que se califique la infracción que se atribuye a Banco de Santander como leve, de acuerdo con el artículo 52.2 de la Ley 10/2010 ; a su juicio el supuesto incumplimiento atribuido a la sociedad sería meramente ocasional o aislado y no existirían indicios de blanqueo de capitales; y, en consecuencia, solicita que se anule parcialmente el Acuerdo impugnado, declarando que la infracción que se atribuye a Banco de Santander debe calificarse como "leve" y, con arreglo al artículo 52.2 de la Ley 10/2010, fije su montante en 60.000,00 euros; anule íntegramente la sanción de amonestación pública; y condene a la Administración a publicar el fallo de la sentencia.

Invoca la demanda la aplicación del artículo 52.2 de la Ley 10/2010 , que señala:

"Salvo que concurren indicios o certeza de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo, las infracciones tipificadas en las letras a), b), c), d), e), f) y (...) y l) del apartado anterior podrán ser calificadas como leves cuando el incumplimiento del sujeto obligado deba considerarse como meramente ocasional o aislado a la vista del porcentaje de incidencias de la muestra de cumplimiento".

Para ello indica que no existían indicios de blanqueo de capitales y que debe considerarse el incumplimiento como meramente ocasional o aislado.

En el presente supuesto no podemos hablar de un incumplimiento ocasional porque de la muestra se detectan 601 incumplimientos (225 en ingresos de cheques, 10 en cobros de cheques, 17 en transferencias y 349 en ingresos en efectivo). En particular, en ingresos en



www.civil-mercantil.com

efectivo se analiza una muestra de 350 operaciones y en 349 de ellas no se tiene la documentación preceptiva. Por lo tanto, no se puede hablar de una situación ocasional, sino que en algunos tipos de operaciones se demuestra una situación masiva, continuada y recurrente de incumplimiento.

La configuración del incumplimiento como leve requiere que sea ocasional o aislado, sobre el conjunto de incumplimientos de la muestra. El carácter ocasional o aislado no se refiere a la muestra, sino al incumplimiento. No puede referirse a la consideración de una cuenta y una sucursal en el conjunto de cuentas y sucursales de Banesto. Aquí la muestra son más de 602 operaciones, por un importe de más de 50 millones de euros, con lo que no puede decirse que la muestra sea ocasional, aislada o irrelevante.

Además, el artículo 52.2 establece que para ser consideradas leves, las operaciones no deben de tener indicios de blanqueo de capitales y sin embargo en las mismas concurren indicios ya que están siendo investigadas en el Juzgado Central número 5 de la Audiencia Nacional, tal y como quedó antes reseñado.

No debe olvidarse que por tratarse de una sola cuenta en una sola sucursal se aplica esa circunstancia como atenuante para graduar la sanción, como se aludirá al examinar la graduación, cuantificación y proporcionalidad de la sanción impuesta, al hilo del motivo cuarto.

Por lo tanto no cabe la apreciación de una infracción leve.

Séptimo.

Subsidiariamente, en el motivo tercero, discute la cualificación de la reiteración y sostiene la procedencia de calificar la infracción atribuida a Banco de Santander como grave, en virtud de lo dispuesto en el artículo 52.1.i) de la Ley 10/2010 y se fije la cuantía de la sanción en un máximo de 200.000,00 euros; solicita que se anule íntegramente la sanción de amonestación pública, declarando en su lugar procedente una sanción de amonestación privada; y condene a la Administración a publicar el fallo de la sentencia.

La demanda entiende que no es de aplicación el artículo 5.3.e) de la Ley 19/1993 "Constituirán infracciones muy graves: Las tipificadas como graves, cuando durante los cinco años anteriores el sujeto infractor hubiera sido (...) sancionado en resolución firme, al menos, por dos infracciones administrativas de las establecidas en la presente Ley" y el artículo 51.1.f) de la Ley 10/2010 "Constituirán infracción muy grave: La comisión de una infracción grave cuando durante los cinco años anteriores hubiera sido impuesta al sujeto obligado sanción firme en vía administrativa por el mismo tipo de infracción".

La razón es que dice que las dos sanciones anteriores, por el mismo tipo de infracción, fueron impuestas a Banesto, no a Banco de Santander.

Las infracciones firmes anteriores por el mismo tipo infringido fueron impuestas a la misma persona, Banesto, que vuelve a incurrir en la misma infracción. Tendría lógica la alegación si las infracciones anteriores lo hubieran sido a persona distinta de la que ahora ha infringido. Pero no es el caso, es la misma persona la que ha infringido.

Las sanciones impuestas a Banesto fueron confirmadas por la Audiencia Nacional en su sentencia de 22 de abril de 2010 - recurso contencioso-administrativo núm. 6/281/2008 -. Nos remitimos a la misma, sin duda conocida por las partes.

No está de más añadir que el artículo 130.2 del Código Penal dispone:

"La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión. El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en



www.civil-mercantil.com

función de la proporción que la per-sona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella".

Siendo aplicables al derecho administrativo sancionador los principios generales del derecho penal, como el Tribunal Constitucional señaló en su sentencia 18/1981, de 8 de junio , que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constitución (artículo 25 , principio de legalidad) y una muy reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales.

En el mismo sentido cabe invocar la sentencia de esta Sala de 30 de septiembre de 2013 -recurso de casación núm. 5633/2009 - reiteradamente citada.

Banco de Santander, absorbió por fusión a Banesto, luego no hay personalidades jurídicas distintas. A diferencia de la sucesión en materia de personas físicas, en que rige el principio de personalidad en la culpabilidad, en materia de sucesión de personas jurídicas la sucesora universal asume la totalidad de la organización de la anterior, y sus consecuencia jurídicas. Para que la responsabilidad infractora de una persona jurídica se extinga por su extinción requiere su liquidación, es decir la desaparición intelectual de su centro de imputación de responsabilidad. En una fusión de sociedades se opera una continuidad intelectual de su comportamiento que se manifiesta en que para conseguir la fusión se produce un voluntario acuerdo de voluntades de ambas de sociedades, no forzoso. Y, en consecuencia se traduce en la incorporación de la totalidad de las relaciones jurídicas entre una sociedad y otra.

En el presente caso, tal como se señala con minucioso detalle en la resolución impugnada -y a la que nos remitimos-, la situación no plantea duda porque Banco Santander y Banesto compartían órganos y procedimientos de prevención del blanqueo de capitales. El Grupo Santander, que incluía a Banesto, estableció los procedimientos de prevención a nivel global para todas las sociedades del grupo, de manera tal que las actuaciones desarrolladas en Banesto debían seguir los protocolos de actuación previstos por la matriz, que por tanto era también responsable de garantizar su adecuado cumplimiento. Por lo tanto, y más allá de las alegaciones referidas a la diversa personalidad de las entidades, lo cierto es que, materialmente, las funciones de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo de Banesto y Banco Santander eran comunes y compartidas.

En resumen, no estamos ante la compra de una entidad con la que no se tiene ningún vínculo, sino ante una absorción de Banesto por parte de Banco Santander, su matriz y titular de las acciones de manera mayoritaria.

Se desestima el motivo tercero.

Octavo.

En el motivo cuarto y último invoca la necesaria proporcionalidad de la sanción. Así, de nuevo de modo subsidiario a los motivos y pretensiones anteriores, considera que, en caso de que se mantuviese la calificación de la infracción como muy grave, la sanción de 1.000.000 euros sería desproporcionada y solicita que fije la cuantía de la sanción en 150.000,00 euros.

La sanción ha sido impuesta considerando atenuantes y en su grado mínimo.

Así, de conformidad con el artículo 56.1 de la Ley 10/2010 , por la comisión de infracciones muy graves se podrán imponer las siguientes sanciones:

"a) Amonestación pública.

www.civil-mercantil.com

b) Multa cuyo importe mínimo será de 150.000 euros y cuyo importe máximo podrá ascender hasta la mayor de las siguientes cifras: el 15 por ciento de/patrimonio neto de! sujeto obligado, el duplo del contenido económico de la operación, o 1.500.000 euros.

c) Tratándose de entidades sujetas a autorización administrativa para operar, la revocación de ésta.

La sanción prevista en la letra b) que ha de ser obligatoria en todo caso, se impondrá simultáneamente con alguna de las previstas en las letras a) o c)".

Desde el punto de vista de la cuantificación de la sanción se han valorado, los criterios de proporcionalidad recogidos en el artículo 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sin olvidar el especial cuidado que debe revestir el cumplimiento de los deberes y obligaciones que exige, en especial a los sujetos obligados, la normativa de prevención del blanqueo de capitales.

En el artículo 59 de la Ley 10/2010 se establecen las normas para graduar las sanciones. Según el mencionado artículo las sanciones aplicables se graduarán considerando las siguientes circunstancias:

"a) La cuantía de la operación o las ganancias obtenidas, en su caso, como consecuencia de las omisiones o actos constitutivos de la infracción.

b) La circunstancia de haber procedido o no a la subsanación de la infracción por propia iniciativa.

c) Las sanciones firmes en vía administrativa por infracciones de distinto tipo imputadas al sujeto obligado en los últimos cinco años con arreglo a esta Ley.

d) En todo caso, se graduará la sanción de modo que la comisión de las infracciones no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas".

Las cuentas anuales de la entidad correspondientes al ejercicio 2011 señalan que el patrimonio neto de la entidad asciende a 5.009.545.000 euros.

En el caso de estos incumplimientos, la sanción máxima aplicable por cada una de las infracciones graves podría llegar a alcanzar, como límite superior, la cuantía de 250.477.250 euros, tal y como establece el artículo 57.1 de la Ley 10/2010.

Es doctrina jurisprudencial consolidada en la concreción de la sanción, la aplicación del principio de proporcionalidad mediante la graduación en escalones, de tal manera que la presencia de alguna circunstancia estimada como atenuante llevará a que la sanción haya de moverse necesariamente en la mitad inferior de los márgenes establecidos. Al contrario, la concurrencia de circunstancias agravantes lleva a aplicar una cuantía de sanción situada en la mitad superior de la cuantía en la que oscila la sanción. Por su parte, la apreciación simultánea de elementos agravantes y atenuantes sobre los hechos sancionados orientan al instructor a considerar el resto de los elementos y circunstancias concurrentes en el marco de lo previsto en la norma sectorial o en la norma del procedimiento administrativo común.

En el presente caso los tramos para establecer las sanciones serían:

Tramo Inferior, entre 150.000 € y 83.592.416 €

Tramo Medio, entre 83.592.417 € y 167.034.36 €

Tramo Superior, entre 167.034.837 € y 250.477.250 €.

Así, si realizamos dicha división en tres tramos sancionadores, el más bajo, en el que nos encontramos, se extiende entre los 150.000 euros de sanción mínima y los 83.592.416



www.civil-mercantil.com

euros, máximo a partir del que entraría en el tramo medio. Por lo tanto, dentro del rango de sanción, la multa impuesta se sitúa en la zona de mínimos y está doscientas cincuenta veces por debajo del límite máximo de sanción posible, que - hipotéticamente- podría superar los 250 millones de euros.

Pero, en todo caso, si atendemos a los números absolutos, la sanción de un millón de euros no puede considerarse desproporcionada si se tiene en cuenta que: 1º) Las operaciones donde se han detectado irregularidades suman decenas de millones de euros. 2º) Estas operaciones presentan una relación directa con un proceso penal. 3º) Que el incumplimiento de las obligaciones de conservación puede afectar negativamente a la acción penal, al determinar la inexistencia de elementos probatorios.

Adicionalmente, es preciso recordar que el artículo 59.1 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo dispone que "En todo caso, se graduará la sanción, de modo que la comisión de las infracciones no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas".

La sentencia de 31 de marzo de 2010 (recurso núm. 2/2009), al examinarse la aplicación del principio de proporcionalidad, dice:

«Finalmente, tampoco cabe estimar la alegación relativa al principio de proporcionalidad, que la parte desglosa en dos fundamentos sobre la proporcionalidad y la graduación de la sanción. La justificación dada por la resolución sancionadora constituye una adecuada aplicación del principio de proporcionalidad, habida cuenta de la imposición de la sanción más beneficiosa para la entidad entre las dos posibles (pérdida de la licencia o amonestación pública) y de una multa, forzosa en todo caso para las infracciones muy graves, que no resulta excesiva dentro de los parámetros habilitados por la norma (un 0,035% de los recursos propios frente a un máximo del 5%, o, en otros términos, un 0,75% de la máxima sanción posible) -tal como ha justificado la Administración- y teniendo en cuenta la gravedad del ámbito en el que se produce la infracción, la cooperación en la lucha contra el blanqueo de capitales. No cabe olvidar, por último, que la amonestación pública, además de ser más beneficiosa que la revocación de la licencia, cumple una función ejemplificadora que tiene igualmente un indudable interés público frente a las infracciones cometidas en la lucha contra el blanqueo de capitales» .

Aplicándolo a este caso, en que el patrimonio neto de Banesto ascendía a 5.009,5 millones de euros, resulta que la sanción representa el 0,02%, y el 0,4% de la máxima sanción. Luego, en este sentido, parece proporcionada.

Por otra parte, la sentencia de 17 de diciembre de 2013 (recurso 613/2009), señala: «Pues bien, ninguna de estas circunstancias de graduación de la responsabilidad han sido discutidas ni desvirtuadas en el escrito de demanda, en el que la parte se limita a afirmar que no existió incumplimiento, ni resistencia al requerimiento en contra de lo declarado probado y sin hacer alusión a cada una de estas singulares descritas. Así pues, la apelación a la inexistencia de resistencia no resulta aceptable, pues lo que se sanciona es el incumplimiento del deber de suministrar información que se encuadra en el tipo sancionador aplicado, conducta que se ha acreditado en autos a tenor de los hechos declarados probados y de las circunstancias antes reseñadas que son razonablemente ponderadas en la resolución impugnada, entre las que se encuentra entre otras, la falta de aportación de los datos requeridos y sus consecuencias económicas. En fin, no se acredita la falta de adecuación entre el comportamiento analizado y la cuantía de la sanción impuesta que responde, en esencia, a la lógica de la proporcionalidad» .



www.civil-mercantil.com

También cabe, de nuevo, acudir a la sentencia de 30 de septiembre de 2013 -recurso de casación núm. 5633/2009 - para rechazar la alegada desproporción de la sanción. En efecto, no puede prosperar, por cuanto estimamos que la resolución sancionadora dictada por el Consejo de Ministros no ha vulnerado el principio de proporcionalidad, ya que ha aplicado razonablemente los criterios de graduación de las sanciones, establecidos en la Ley 10/2010, y los criterios considerados en el artículo 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, pues, en la confirmación de la validez jurídica de la sanción impuesta, apreciamos que ha valorado de forma ponderada las circunstancias agravantes y atenuantes concurrentes.

A estos efectos, cabe recordar que para apreciar la vulneración del principio de proporcionalidad, según refiere el Tribunal Constitucional en la sentencia 116/2007, de 21 de mayo, debe verificarse la concurrencia constitucional de la motivación, exigible para justificar la concreción de la sanción aplicada, atendiendo las circunstancias concurrentes en el caso para efectuar la individualización de la sanción y teniendo en cuenta si resulta acorde con la gravedad de la infracción cometida.

En la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2004 -recurso de casación núm. 7600/2000 -, dijimos:

«Pues, en efecto, el principio de proporcionalidad, en su vertiente aplicativa ha servido en la jurisprudencia como un importante mecanismo de control por parte de los Tribunales del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, cuando la norma establece para una infracción varias sanciones posibles o señala un margen cuantitativo para la fijación de la sanción pecuniaria; y, así, se viene insistiendo en que el mencionado principio de proporcionalidad o de la individualización de la sanción para adaptarla a la gravedad del hecho, hacen de la determinación de la sanción una actividad reglada y, desde luego, resulta posible en sede jurisdiccional no sólo la confirmación o eliminación de la sanción impuesta sino su modificación o reducción».

Conforme a estas directrices jurisprudenciales, debemos concluir el enjuiciamiento del presente motivo, advirtiendo que no procede corregir el pronunciamiento de la resolución recurrida, puesto que la determinación del importe de la sanción impuesta se fundamenta de forma motivada en la aplicación razonable del principio de proporcionalidad, al imponerse en su tramo mínimo, por lo que no resulta atendible la pretensión de su minoración por no concurrir la circunstancia de reincidencia, o por la voluntad de cumplir con las obligaciones previstas en la legislación relativa a la prevención de blanqueo de capitales, o por no haberse producido ningún perjuicio real, como también subyace en los motivos de este recurso.

Por otra parte, sostiene la actora que la interpretación que hace la resolución impugnada de la normativa es errónea ya que la calificación de la infracción como muy grave no está determinada por la imposición de dos sanciones al mismo sujeto obligado sino por la comisión de dos infracciones por el mismo sujeto obligado, lo que es muy relevante en el supuesto actual ya que la entidad que comete las infracciones (Banesto) no es la misma que la entidad sancionada (Banco Santander), por las razones ya analizadas.

Banesto comete la infracción por la no conservación de documentos y como a Banesto se le había impuesto una sanción firme dentro de los cinco años antes, la calificación de la infracción es de muy grave. Otra cosa es que la sanción se imponga a Banco Santander por las razones expuestas.

En este sentido, como ya se señaló en el fundamento de derecho séptimo al examinar el motivo tercero, hay que señalar que Banco Santander era responsable de la política contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo de Banesto tanto en el periodo en el que



www.civil-mercantil.com

se efectuaron las operaciones sancionadas en el presente expediente, como en el periodo en el que se efectuaron las operaciones cuya sanción firme hacen que las infracciones de Banesto sean tipificadas como muy graves.

Igualmente, se debe tener en cuenta la previsión legal contenida en el artículo 131.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre ("El establecimiento de sanciones pecuniarias deber prever que le comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas"), que debe de establecer unos límites inferiores infranqueables, al que necesariamente se debe atender a la hora de fijar las sanciones.

Sin embargo, las operaciones se circunscriben a una sola oficina y a una cuenta, por lo que en atención a esta circunstancia se estima que la sanción correspondiente a la infracción por el incumplimiento de conservación de documentos, habiéndose sancionado a la entidad en los cinco años anteriores por la misma infracción, debe encontrarse en el tramo inferior.

Una vez situados en el tramo inferior se considera que el importe de la sanción no puede encontrarse en los mínimos debido a la cuantía de las operaciones en las que se han detectado los incumplimientos son muy elevadas y las actuaciones llevadas a cabo por la AEAT se encuentra en el marco de unas investigaciones por parte del Juzgado Central nº 5 de la Audiencia Nacional, con las consecuencias que tiene en la misma la ocultación de las personas intervinientes y otros aspectos de las operaciones. Además, en prácticamente toda la documentación requerida se han detectado irregularidades.

Teniendo en cuenta todas las circunstancias expresadas se fijó la multa por el incumplimiento de la obligación en 1.000.000 euros.

En síntesis, en relación a la proporcionalidad, se mantiene por la demandante que la conducta no tiene gravedad para la imposición de una multa tan elevada, sin embargo, como ya se ha señalado, la actuación se considera de gravedad porque en la mayoría de los documentos solicitados había irregularidades y porque en muchos casos los movimientos son de importes elevados. Y, además, el hecho de que las operaciones estén referenciadas a investigaciones del Juzgado Central número 5 de la Audiencia Nacional, apunta a que los incumplimientos, más allá de que estén directamente vinculados al blanqueo de capitales o no (al menos tiene relación con un delito subyacente del blanqueo de capitales), tienen consecuencias graves en el desempeño de la Administración de Justicia, que se ve limitada en su actuación por la falta de cumplimiento de las obligaciones de la entidad.

Por último, en relación a la imposición de la amonestación pública, una vez calificada la infracción como muy grave, las opciones que se establecen en el artículo 56 de la Ley 10/2010 , para acompañar a la multa (obligatoria en todo caso) son la amonestación pública o la revocación de la autorización administrativa para operar cuando se trate de entidades sujetas a ésta.

Analizadas las circunstancias se considera que la revocación de la autorización es excesiva por lo que se opta por la amonestación pública, lo que no parece discutible.

También este último motivo merece ser rechazado, al apreciarse adecuadamente aplicado y motivado el principio de proporcionalidad de las sanciones.

Noveno.

Al declararse no haber lugar al recurso, procede imponer a la parte recurrente las costas procesales del recurso (artículo 139.1 de la LJCA).

Al amparo de la facultad prevista en el artículo 139.3 de la citada Ley , se determina que el importe de las costas procesales, por todos los conceptos, no podrá rebasar la cantidad de 4.000 euros más el IVA que corresponda.



www.civil-mercantil.com

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por BANCO DE SANTANDER, S.A. , contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de junio de 2015, por el que se sanciona a la entidad por infracción de la normativa de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. Con imposición de las costas a la parte recurrente, con el límite que fijamos en el último fundamento de derecho de esta sentencia.

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

Así se acuerda y firma.

Pedro José Yagüe Gil Eduardo Espín Templado
José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat Eduardo Calvo Rojas
María Isabel Perelló Doménech José María del Riego Valledor
Diego Córdoba Castroverde Ángel Ramón Arozamena Laso

PUBLICACIÓN. Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Excmo. Sr. D. Ángel Ramón Arozamena Laso, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.

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.