

**Sentencias del Tribunal Supremo 597/2016 y 611/2016,
(Sala de lo Civil, Sección 1.^a), de 5 y 7 de octubre de 2016
[ROJ: STS 4285/2016] y [ROJ: STS 4293/2016]**

RECIENTES PLANTEAMIENTOS JURISPRUDENCIALES SOBRE EL BLANQUEO DE CAPITALES Y LA COMPETENCIA DESLEAL A LA LUZ DE LA SENTENCIA DEL TJUE DE 10 DE MARZO DE 2016: LAS SSTS DE 5 Y 7 DE OCTUBRE DE 2016

I. LOS HECHOS EN LAS SENTENCIAS DEL TS DE 5 DE OCTUBRE DE 2016 Y DE 7 DE OCTUBRE DE 2016

Las sentencias que centran nuestra atención en este trabajo se refieren ambas a hechos muy similares –posible supuesto de blanqueo de capitales mediante el envío a terceros países de cantidad de dinero y de competencia desleal–, sobre los que se ha pronunciado el TS –con tan solo dos días de diferencia– adoptando soluciones distintas para cada supuesto.

1. El asunto «Money Exchange, S.A.» (sentencia del TS de 5 de octubre de 2016)

En el primero de los asuntos, la demandante («Money Exchange, S.A.»), sociedad dedicada al envío de dinero al extranjero mediante transferencias, canje de cheques y cambio de divisas (con una cuota de mercado del 0,83%), planteó demanda contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (BBVA); Banco Popular Español, S.A., y NCG Banco, S.A. (cuota de mercado del 4,14%). En concreto, entre julio de 2010 y enero de 2011, tales entidades cancelaron las cuentas de la demandante tras enviar a ésta una comunicación en la que le avisaban de tal cancelación; previamente, BBVA había remitido al Servicio Ejecutivo de Prevención de Blanqueo de Capitales una comunicación en la que le informaba de la existencia de indicios de que «Money Exchange» estaba realizando blanqueo de dinero en sus transferencias al extranjero.

Esta circunstancia motivó que «Money Exchange, S.A.» planteara demanda con fecha 15 de marzo de 2012 ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Bilbao, contra las otras tres entidades alegando, *en primer lugar*, que los tres bancos habían obstaculizado su actividad de compraventa de divisas y transferencias internacionales, para lo que contaba con la previa autorización y supervisión del Banco de España, debido a la cancelación de sus cuentas bancarias, cuentas imprescindibles para poder realizar su actividad de transferencias internacionales y de compraventa de divisas.

En segundo lugar, la demandante alegó que la actuación de las demandas era constitutiva de un ilícito desleal, en la medida que su actuación había infringido el art. 4 de la Ley de Competencia desleal (LCD).

La demandadas se opusieron a la demanda, alegando que habían cancelado las cuentas de «Money Exchange, S.A.» en aplicación de la Ley 10/2010, de Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo, al existir indicios de que la actividad de «Money Exchange, S.A.» estaba relacionada con el blanqueo de capitales.

El Juzgado estimó la demanda de Money Exchange, S.A., en la consideración de que el cierre unilateral de las cuentas de «Money Exchange, S.A.» no estaba justificado, en la medida que «no estaban acreditadas las irregularidades en las cuentas bancarias de la demandante que habían sido alegadas como indicios de blanqueo de dinero», actuación que constituía a la vez un acto de competencia desleal (fto. de derecho primero, 3). En concreto, las irregularidades alegadas por las demandadas –que consistían en la realización de operaciones por personas distintas de los agentes declarados al Banco de España, la actuación de diferentes personas bajo el mismo código de agente y la actuación de una misma persona bajo diferentes códigos– se basaban en un Informe solicitado por las demandadas a KPGM Risk Consulting, Informe que presentaba serias deficiencias en cuanto a los datos que habían sido tomados como referencia.

Recurrida en *apelación* la sentencia de Instancia por Banco Popular y BBVA, la Audiencia confirmó la sentencia de instancia, al descartar la mayor parte de las irregularidades alegadas por las demandadas y recogidas en el Informe pericial de KPGM, concluyendo que la actuación de las demandadas había sido desproporcionada teniendo en cuenta que las cuentas canceladas eran indispensables para que «Money Exchange, S.A.» pudiera desarrollar su actividad, por lo que las demandadas deberían haber adoptado otras medidas menos drásticas. Finalmente, la Audiencia consideró que la actuación de las demandadas era calificable como desleal, en la medida que contravenía las exigencias de la buena fe, debido a que no se alinea con el comportamiento que cabe exigir a quien participa en el mercado frente a quien tiene que recurrir a sus servicios para desarrollar su propia actividad; y concluye la Audiencia indicando que «se trata de actos objetivamente contrarios a la buena fe que obstaculizan sin justificación objetiva la posición concurrencial de la actora, puesto que con las cancelaciones de cuentas bancarias se impide que se cumpla con la obligación de operar a través de cuentas abiertas en entidades de crédito» (fto. primero, 4).

Recurrida en *casación* la sentencia de la Audiencia, las recurrentes alegaron que las cancelaciones de las cuentas de «Money Exchange, S.A.» tenían su razón de ser en la aplicación de las medidas de prevención del blanqueo de capitales que permite la Ley 10/2010, en particular la posibilidad de poner fin a la relación de negocios que vincula a «Money Exchange, S.A.» de una parte, y las entidades de crédito de otra parte.

El TS desestimó el recurso al considerar que, pese a que las entidades en pugna y la relación de negocios entre ambas constituía uno de los supuestos de aplicación de la Ley 10/2010, diversas consideraciones impedían estimar el recurso planteado.

2. El asunto «Money Express Transfer, S.A.» (sentencia del TS de 7 de octubre de 2016)

El segundo de los asuntos se refiere a unos hechos muy similares a los anteriormente descritos en relación con el primer asunto citado. Con fecha 29 de diciembre de 2001 la sociedad «Money Express Transfer, S.A.» presentó demanda ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao. Esta entidad se dedica a gestionar envíos de dinero fuera de España con autorización del Banco de España, actividad para la que requiere la utilización de cuentas en entidades de crédito que operen en España. Para ello, «Money Express Transfer, S.A.» había abierto cuentas y depósitos en el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA) y el Banco Popular Español, S.A. Con fecha 11 de noviembre de 2003 estas entidades últimas citadas informan a «Money Express Transfer, S.A.» que han procedido a cancelar las tres cuentas y depósitos, alegando básicamente que puesto que el sector de las transferencias es un sector especialmente de riesgo de blanqueo, se había realizado un análisis de las operaciones realizadas en las cuentas de las que «Money Express Transfer, S.A.» era titular y se concluyó la existencia de graves irregularidades que constituían supuestos de blanqueo de capitales, tal y como se justificaba en un Informe pericial elaborado por la empresa KPMG, de análisis financiero. A la vista de tales circunstancias, la demandante alegaba la infracción de los arts. 4, 15.2 y 16.2. de la Ley de Competencia desleal.

Los demandados, por su parte, contestaron a la demanda indicando que tales medidas habían sido tomadas en aplicación de la Ley 10/2010, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del Terrorismo, ya que la actividad del «Money Express Transfer, S.A.» estaba relacionada con el blanqueo de capitales. Sin embargo, el Juzgado estimó la demanda de «Money Express Transfer, S.A.» en la consideración de que no corresponde a las entidades financieras la fiscalización del cumplimiento de las disposiciones previstas en la Ley 10/2010 por otras entidades obligadas, sino que la supervisión corresponde al Servicio Ejecutivo de la Comisión.

Recurrida ante la Audiencia la sentencia de instancia, la Audiencia revocó la de instancia afirmando que la Ley 10/2010 amparaba la adopción de medidas como las tomadas por las recurrentes en la medida en que «Money Express Transfer, S.A.» actuaba en un sector de alto riesgo (fto. 1, 4.). En todo caso, consideraba la Audiencia que la cancelación de las cuentas –medida adoptada– no debía aplicarse en primer lugar, sino una vez que se hubiera apercibido a «Money Express Transfer, S.A.» de la operación irregular y si ésta continuase realizándose.

Presentado recurso de casación ante el TS, éste estimó que la licitud de las medidas adoptadas por las recurridas debía ser apreciada a la vista de dos circunstancias: la primera de ellas se refiere a que es necesario que se aprecien hechos concretos que informen sobre la existencia de un riesgo de blanqueo de capitales o financiación de terrorismo. La segunda se refiere a la exigencia de que la medida de diligencia debida adoptada sea proporcionada, examinándose si existen algunas medidas o medios menos restrictivos que los adoptados.

En este sentido, el TS concluyó que existían una serie de irregularidades cometidas por parte de «Money Express Transfer, S.A.» que justificaban la adopción de la medida de diligencia debida (fto. 3. 9.), al suministrar a las entidades de crédito demandadas una información suficiente sobre la existencia de riesgo de blanqueo de capitales, cumpliendo por ello las medidas de diligencia adoptadas el requisito de presentar un vínculo concreto con el riesgo de blanqueo de capitales. A la vista de ello, concluyó el TS que no se apreciaba tampoco deslealtad en el comportamiento de las demandadas.

II. ACTIVIDAD DE TRANSFERENCIA DE DINERO POR UNA ENTIDAD DE PAGO Y ACTIVIDAD DE BLANQUEO DE CAPITALS: LAS MEDIDAS DE DILIGENCIA A ADOPTAR POR UNA ENTIDAD DE CRÉDITO. INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

1. Valoración jurídica en el asunto «Money Exchange, S.A.»

La sentencia que comentamos en estas líneas merece una valoración positiva, por los siguientes motivos.

En primer lugar, y por lo que respecta a la valoración o enjuiciamiento que debe recibir el comportamiento de las recurrentes desde el prisma de la Ley 10/2010, por cuanto que aun siendo cierto que la recurrida y las recurrentes están dentro del ámbito subjetivo de aplicación de las medidas de diligencia (arts. 9 y 11) a adoptar en supuestos de indicios de existencia de blanqueo de capitales («Money Exchange, S.A.» era una entidad de pago y las recurrentes eran entidad de crédito), el TS acertadamente señala que uno de los elementos que se deben tomar en consideración para adoptar tales medidas es la afectación que éstas puedan ocasionar al principio de libre competencia entre personas que operan en el mismo mercado, medidas que deben interpretarse a la luz de los principios generales del Derecho de la UE (Sentencia del TJUE de 10 de marzo de 2016, párrafo 109). Y, como expresamente señala la citada sentencia del TJUE (párrafo 87), no es suficiente con la existencia de un riesgo genérico, sino que es necesario que se aprecien *hechos concretos* que informen sobre la existencia de un riesgo de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo.

Y, a la vista de ello, concluyó el TS que tales exigencias no se habían cumplido en los hechos analizados, sino que, muy al contrario, las supuestas irregularidades (indicios de blanqueo de capital) cometidas por «Money Exchange, S.A.» no existían realmente, en cuanto que estaban basadas en un Informe que no había conseguido probar de forma fehaciente los indicios de blanqueo de capitales (fto. 2, 9).

En segundo lugar, y por lo que respecta a la valoración que el TS realizó sobre la conducta de las recurrentes desde el prisma del Derecho de la Competencia desleal, estimó el TS que la actuación de las recurrentes infringía las exigencias de la buena fe, «al separarse del comportamiento que cabe exigir a quien actúa en el mercado frente a quien tiene que recurrir a sus servicios para desarrollar su propia actividad» (fto. 1, 4.). Los hechos que motivaron la sentencia son, en opinión del TS, objetivamente contrarios a la buena fe, al obstaculizar sin justificación objetiva la posición concurrencial de la actora: las cancelaciones de las cuentas bancarias impiden que se cumpla la obligación de operar a través de cuentas abiertas en entidades de crédito.

En definitiva, lo que señala el TS es que los hechos que subyacen en esta sentencia se califica como actos desleales por su carácter impeditivo u obstaculizadores en el mercado, conducta que sólo será desleal si escapa de la denominada «respuesta natural de mercado», que se concreta en la normal obstrucción que un operador en el tráfico puede con su actuación ocasionar a otro. Y, en esta medida, en cuanto que tal conducta de la recurrente afecta sustancialmente y sin justificación objetiva el mercado, es evidente que se trata de un acto de los que la doctrina viene estimando que se encuentran «en la antesala» del ilícito antitrust (*Vordfeld Thesis*), esto es, actos desleales que además son idóneos para infringir simultáneamente la libre competencia en el mercado (acto desleales de mercado).

2. Valoración jurídica en el asunto «Money Express Transfer, S.A.»

La sentencia a la que nos referimos en estos momentos merece igualmente una valoración positiva. Se trata de una sentencia en la que el TS, tomando como criterio interpretativo la Sentencia del TJUE de 10 de marzo de 2016, aplica los criterios contenidos en la Ley 10/2010, para valorar la licitud de la medida de diligencia adoptada por las recurridas. Al no apreciar ilicitud en la medida adoptada por las recurridas, no analizó la posible deslealtad de tal conducta.

Un aspecto especialmente positivo de la sentencia es el dato de que el TS refuerza la necesidad de que la licitud de la medida de diligencia adoptada dependa de la prueba del riesgo real de blanqueo de capitales, de una parte; y, de otra parte, el dato de que la medida adoptada sea proporcionada y no exista la posibilidad de adoptar otra medida igualmente eficaz pero menos perjudicial para la parte afectada y el funcionamiento del mercado.

III. BREVES CONCLUSIONES FINALES

La Ley 10/2010 pone de relieve la decidida apuesta del legislador por atajar el blanqueo de capitales, legitimando a las entidades a tomar medidas de diligencia atendiendo a la constatación de una situación de blanqueo de capitales. Ahora bien, las sentencias comentadas, ambas en el marco de la temática del blanqueo de capitales, ponen también de manifiesto que las medidas que la Ley contempla deben ser adoptadas con rigor probatorio, y atendiendo al principio de la proporcionalidad, en la medida en que de otra manera afectarían negativamente además el correcto funcionamiento del mercado (libre competencia) y podrían ser constitutivas de una práctica desleal de mercado.

Eva M. DOMÍNGUEZ PÉREZ
Profesora Titular de Derecho Mercantil
UNED
emdominguez@der.uned.es