



Roj: **SAP BI 2747/2013 - ECLI: ES:APBI:2013:2747**

Id Cendoj: **48020370042013100548**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Bilbao**

Sección: **4**

Fecha: **20/12/2013**

Nº de Recurso: **14/2013**

Nº de Resolución: **726/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ANA BELEN IRACHETA UNDAGOITIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP BI 2747/2013,**
STS 4293/2016

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA

BIZKAIAKO PROBINTZIA AUZITEGIA

Sección / Sekzioa: 4ª/4.

BARROETA ALDAMAR 10-3ªplanta - C.P./PK: 48001

Tel.: 94-4016665

Fax / Faxes: 94-4016992

NIG. PV. / IZO EAE: 48.04.2-11/035363

NIG. CGPJ / IZO BJKN :48.020.47.1-2011/0035363

R.apela.merca.L2 / E_R.apela.merca.L2 14/2013

O.Judicial origen / *Jatorriko Epaitegia* : Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao / Bilboko 1 zk.ko Merkataritza-
arloko Epaitegia

Autos de Procedimiento ordinario 1/2012 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: BANCO POPULAR ESPAÑOL S A y B.B.V.A.

Procurador/a/ Prokuradorea:GERMAN ORS SIMON y GERMAN APALATEGUI CARASA

Abogado/a / Abokatua: JOSE ANGEL GOMEZ VIDAL y RAFAEL CASTELLANO LASA

Recurrido/a / Errekurritua: MONEY EXPRESS TRANSFER S.A.

Procurador/a / Prokuradorea: ARANZAZU ALEGRIA GUEREÑU

Abogado/a/ Abokatua: ANTONIO SELAS COLORADO

SENTENCIA Nº 726/2013

ILMOS. SRES.

Dña. ANA BELÉN IRACHETA UNDAGOITIA

D. IGNACIO OLASO AZPIROZ

Dña. LOURDES ARRANZ FREIJO

En BILBAO (BIZKAIA), a veinte de diciembre de dos mil trece.



La Sección 4ª de la Audiencia Provincial de BIZKAIA, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles de Procedimiento ordinario 1/2012, seguidos en el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao a instancia de **BANCO POPULAR ESPAÑOL S A y B.B.V.A .**, apelantes - demandados, representados por el Procurador Sr. GERMAN ORS SIMON y GERMAN APALATEGUI CARASA y defendidos por el Letrado Sr. JOSE ANGEL GOMEZ VIDAL y RAFAEL CASTELLANO LASA contra MONEY EXPRESS TRANSFER S.A. apelado - demandante, representado por la Procuradora Sra. ARANZAZU ALEGRIA GUEREÑU y defendido por el Letrado Sr. ANTONIO SELAS COLORADO; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 10 de octubre de 2012 .

Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La Sentencia de instancia de fecha 10 de octubre de 2012 es de tenor literal siguiente:

"FALLO

DEBO ESTIMAR Y ESTIMO ÍNTEGRAMENTE LA DEMANDA interpuesta por MONEY EXPRESS TRANSFER contra BBVA, S.A. Y BANCO POPULAR, S.A., referida en el encabezamiento de esta resolución. En su consecuencia:

SE DECLARA que las demandadas han cometido actos de competencia desleal al cancelar las cuentas corrientes, las tarjetas de crédito y los depósitos abiertos por la demandante.

SE CONDENA a las entidades bancarias demandadas a mantener plenamente operativas las cuentas abiertas (o a permitir la apertura de nuevas cuentas).

Las costas procesales son impuestas a las codemandadas."

SEGUNDO.- Publicada y notificada dicha Resolución a las partes litigantes, por la representación de la parte demandada se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación que, admitido por el Juzgado de Instancia y tramitado en legal forma ha dado lugar a la formación del presente rollo, al que ha correspondido el nº **14/13 de Registro** y que se ha suscitado con arreglo a los trámites de los de su clase.

TERCERO.- Hecho el oportuno señalamiento quedaron las actuaciones sobre la mesa del Magistrado Ponente para dictar la pertinente resolución.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

Ha sido Ponente para este trámite la Ilma. Sra. Magistrada **D.ª ANA BELÉN IRACHETA UNDAGOITIA**.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - La mercantil Money Express Transfer SA formuló demanda contra Banco de Bilbao Vizcaya Argentaria SA, en adelante BBVA, y contra Banco Popular Español SA, en adelante Banco Popular, con el postulado de declaración deslealtad de la conducta de las demandadas y de condena a ambas demandadas a cesar en toda actividad que obstruya el normal funcionamiento de Money Express Transfer SA y además a BBVA a mantener plenamente operativas las cuentas abiertas en dicha entidad por la actora y a Banco Popular a reabrir las cuentas de la entidad o alternativamente a permitir la apertura de nuevas cuentas.

Como fundamento de la demanda se alega que la actora es una sociedad que se constituyó bajo la denominación " Change Express Catalunya SA" en escritura de 5 de abril 1994, que cambio su denominación por la actual en escritura de 29 de septiembre de 2005, que desde el inicio de su actividad ha estado supervisada por el Banco de España, que actúa en el sector financiero y esta especializada en el envío de dinero al extranjero, destacando en su actividad las transferencias de dinero al exterior, canje de cheques viaje o traveller y cambio de moneda, para lo que cuenta con la correspondiente autorización del Banco de España; que entre los requisitos que debe cumplir para llevar a cabo la actividad de envío de dinero, regulada en la art. 1.2 de la Ley 16/ 2009 de 13 de Noviembre de servicios de pago, se encuentra el de canalizar a través de cuentas abiertas en entidades de crédito operantes en España los movimientos, cargos, abonos y liquidación de saldos que se deriven o resulten necesarios para el desarrollo de la actividad (art. 2.4 del RD 2660/1998 de 14 de diciembre sobre cambio de moneda en extranjera en establecimientos abiertos al público distintos de las entidades de crédito), obligación que se mantiene tras la reforma operada por el RD 712/ 2010 cuyo art. 22.3 dispone que toda cuenta de pago tendrá asociada desde su apertura y en todo momento una cuenta de depósito de efectivo abierta por una de sus titulares en entidades de crédito autorizadas en la Unión



Europea, a la que deberá transferirse el saldo de la cuenta de pago cuando la misma no presente ninguna operación el último año; que al objeto de cumplir con tal exigencia legal abrió varias cuentas en entidades de crédito, entre ellas, en el BBVA la cc 0182 4000 69 0201614802, abierta el 24 de mayo de 2005, 0182 4000 67 0201661006, abierta el 31 de enero de 2008, cc nº 182 4000 65 0201617931, abierta el 20 de octubre de 2011 y el contrato marco nº 0182 4000 0615 0000000182391777 para la contratación de una tarjeta de crédito asociada a la cuenta corriente nº 182 4000 65 0201617931, mientras que en el Banco Popular abrió las cuentas identificadas con los números 0075 0001 88 060 68495 87, abierta el 8 de junio, c.c nº 0075 0001 88 060 70329 06, cc nº 0075 0001 88 060 68669 69, abierta el 29 de diciembre 2004 y contrato depósito oro plus por importe de 50.000 euros, cancelado anticipadamente. y contrato depósito oro plus por importe de 60.000 euros, cancelado anticipadamente; que en el desarrollo de su actividad la actora compite con las entidades de crédito tanto en la importación de remesas de billetes, en el cambio de moneda y en el servicio de envío de dinero con la particularidad que necesariamente debe operar ; que pese al significativo aumento del negocio de las remesas de dinero, envío e importación, la mercantil BBVA ha fracasado estrepitosamente en tal actividad en España a diferencia del buen resultado que obtiene en otros países, por lo que ha optado por obstaculizar la operativa de las compañías remesadoras y que dentro de esta campaña de obstrucción ha procedido a cancelar las cuentas de la actora, en concreto el 21 de noviembre 2011 recibió un burofax de BBVA fechado el 7 de noviembre en el que comunicaba la voluntad irrevocable de cancelar las cuentas de la actora en dicha entidad que se han relacionado, así como la tarjeta de crédito asociada a la misma en un plazo máximo de quince días contados a partir de la recepción de la comunicación; que la actuación del BBVA no es aislada pues la entidad Banco Popular por su parte ha procedido a cancelar las tres cuentas y los dos depósitos de forma sorpresiva, habiéndolo comunicado en carta de 11 de noviembre 2010; que la actuación de BBVA y Banco Popular consistente en la cancelación de cuentas abiertas en sus entidades por la actora ha sido seguida por otras entidades de crédito con las que ha coordinado practicas con las que trata de expulsar del mercado a las empresas remesadoras, y que la conducta de las demandadas, en el marco en el que se produce de obstaculización por parte de diversas entidades de crédito del desarrollo de su actividad por las entidades remesadoras y por la actora en particular, es constitutiva de un acto de competencia desleal del art. 4 (antes 5) de la Ley de Competencia Desleal por contrario a la cláusula general por contrario a las exigencias objetivas de la buena fe y de los tipos especiales contenidos en los art. 15.2 -infracción de normas reguladoras de la actividad concurrencial- con relación a los arts 22,1 RD 712/ 2010 y art.1 y de la Ley de Defensa de la Competencia , del art. 16.2 de explotación de situación de dependencia Económica.

Antes de la interposición de la demanda, la actora solicitó del Juzgado de lo Mercantil medida cautelar consistente en suspensión de la decisión del BBVA de cancelación de las cuentas, medida que se decretó en Auto 29 de noviembre de 2011.

La demandada BBVA, que se opuso a la demanda, adujo que el control por parte del Banco de España de la actividad que realiza Money Express Transfer no le exime del cumplimiento de medidas reforzadas de diligencia sobre sus clientes y que el art. 19 ley 10/2010 autoriza a las entidades Bancarias a abstenerse de la actividad y a poner fin a la relación cuentas si por la forma en la que se realiza su actividad 8 (de los sujetos obligados)considera que puede estar relacionada con el blanqueo de capital y que no tiene sentido que se obligue a las entidades remesadoras a realizar sus operaciones a través de entidades de crédito si éstas no están obligadas a realizar medidas de prevención de blanqueo y que la obligación de operar a través de entidades de crédito pretende la sumisión de la actuación a un control adicional y que la ley de defensa de la competencia establece expresamente que las disposiciones de la ley no se aplicaran a las conductas que sean consecuencia directa de la aplicación de una ley (art.4). Y que la forma de actuar de la demanda presenta indicios de estar relacionada con el blanqueo de capitales y que los servicios de envío de dinero y operaciones de cambio de moneda están considerados como actividades de riesgo, que imponen la aplicación de medidas reforzadas de diligencia y que en el transcurso del año 2010 se han producido dos casos de relevancia pública que han afectado a dos entidades gestoras (Unigiros Express SA y Titanes Comunicaciones y Telegrafos SA) que no han aplicado medidas rigurosas de control y que han permitido la utilización de las redes por parte de organizaciones vinculadas con el narcotráficos; que Money Express, como entidad dedicada exclusivamente al envío de dinero está sometida a medidas de vigilancia reforzada de prevención de blanqueo y que el análisis de la operaciones que realizó dicha entidad en el periodo comprendido entre el 1 de septiembre y el 30 de noviembre 2010 en la cuenta BBVA arrojó como datos el ingresos 4.265 ingresos en efectivo que suponían en conjunto 4.772.171,64 euros, con un 82,58% de los ingresos realizados por personas identificadas, de las que 9 concentraban el 38,90% de los ingresos con identificación y 32,13% del total ingresado en efectivo. De las 9 personas, 3 que concentraban ingresos por 387.205,26 euros no constaban como agentes de Money Express en el registro del Banco de España ni figuraban incluidos en la relación de principales agentes facilitada por la entidad, operativa que dificulta el cumplimiento de lo dispuesto en el la OM 2619/2006 que desarrolla determinadas obligaciones de prevención de blanqueo de capitales de los sujetos que realicen actividad de cambio de moneda o gestión de transferencias con el exterior y, en particular, la contenida en el art. 2.2 sobre



identificación de los clientes, pues no es posible que Money Express compruebe si su cliente es la persona que ha realizado el ingreso o lo ha realizado un tercero, proceder que obliga a BBVA a abstenerse de ejecutar las operaciones y que le determinó a comunicar al SEPBLAC la sospecha de blanqueo, que dio lugar a la incoación del expediente con nº de referencia 2095/2011 y que los precedentes judiciales que se invocan, en los que se ha apreciado concurrencia desleal en el proceder de las entidades bancarias, son distintos a los del caso de que se trata y que BBVA no ha realizado ninguna acto constitutivo de competencia desleal sino que se ha limitado a cumplir sus obligaciones legales.

La demandada Banco Popular, que se opuso a la demanda, alegó que el elevadísimo número de apoderados con los que actuaba la actora y los continuos apoderamientos y revocaciones en breves periodos, incluso de menos de un mes, que afectaban a grupos numerosos de representantes le impedían el ejercicio de la función de control; que no se había producido ningún tipo de concierto previo con el BBVA para proceder a la cancelación de la cuentas de la actora, que la cancelación de las cuentas tuvo lugar el 11 de noviembre de 2010 y que la carta en la que se comunicaba el cierre se entregó el 16 de noviembre (doc, nº 3 y 4) ; que la cancelación está justificada en la normativa Ley 10/ 2010 de Prevención de Blanqueo de Capitales y de financiación de terrorismo, que impone a las entidades la obligación de identificar a sus clientes y conocer la naturaleza de la actividad, que las medidas de diligencia deben ser tanto más exigentes cuando los clientes operan en actividades de mayor riesgo y que los servicios de envío de dinero y operaciones de cambio de moneda están considerados como actividades de riesgo en la normativa nacional, y que el servicio ejecutivo de la comisión de prevención de blanqueo de capitales (SEPBLAC) ha insistido en distintos informes en que los circuitos de transferencias no bancarias han sido tradicionalmente un buen instrumento para blanquear fondos, que la Ley de Prevención de Blanqueo impide el establecimiento o continuidad de las relaciones de negocio cuando las medidas reforzadas de diligencia que establece la propia ley no puedan llevarse a cabo y que, en el caso, la forma en la que opera la actora, gran número de operaciones, con elevado número de agentes, los constantes apoderamientos y revocaciones y la imposibilidad de asegurar el seguimiento de operaciones hasta el destinatario final, obstaculiza el cumplimiento de las medidas establecidas en la legislación de blanqueo, y añade que del relato de hechos de la actora resulta que la acción entablada contra Banco Popular está prescrita por el transcurso de más de un año desde que se le comunicó la cancelación de las cuentas hasta la presentación de la demanda... (...)

La sentencia de primera instancia, tras rechazar la alegación de prescripción formulada por Banco Popular, por falta de acreditación por la demandada de la fecha concreta en la que se procedió a la cancelación de cuentas y a mayor abundamiento por resultar de las alegaciones de la contestación que con posterioridad a la fecha indicada se realizaron determinados apuntes en la cuenta de la actora, siquiera fuera los correspondientes a la cancelación, estima las acciones ejercitadas contra las dos demandadas por considerar que no ha quedado acreditado que las actuaciones realizadas por las demandadas tengan como finalidad o propósito el que las demandadas dicen que es puesto que no han aportado dato alguno que demuestre particular celo desde la publicación de la Ley 10/2010, porque las entidades bancarias no están autorizadas para cancelar cuentas de clientes por ser sus actividades sospechosas de blanqueo o terrorismo, sino únicamente para abstenerse de la realización de determinadas operaciones con base en el art. 19 L Ley 10/2010 , y porque no se ha acreditado la concurrencia del supuesto que permite la cancelación de cuentas con base en el art. 7.2, de lo que sigue que, en ausencia de justificación razonable de la conducta desplegada por las demandadas, el comportamiento debe calificarse como constitutivo de competencia desleal.

Frente a dicha sentencia han interpuesto sendos recursos de apelación las dos demandadas. El BBVA alega como motivos del recurso: 1) error de derecho en la interpretación del art. 11 Ley 10/2010 , por considerar que BBVA no puede proceder a la revisión de las operaciones que realicen sus clientes que sean a su vez sujetos obligados en cumplimiento de la Ley 10/2010, afirmación que contradice el informe emitido por el Sepblac; 2) Error en la valoración de la prueba por preterir la valoración del informe aportado por BBVA sobre la forma de operar de la actora, la comunicación al Sepblac y el informe emitido por dicho servicio.

Por su parte, Banco Popular aduce en su recurso error en cómputo del plazo de prescripción y discrepa así mismo de la existencia de infracción de la normativa reguladora de la competencia. También cuestiona la concurrencia de abuso de situación de dependencia, no apreciada en la sentencia apelada.

TERCERO. - Al efecto de la resolución del recurso gozan de interés los siguientes datos fácticos que son incontrovertidos: 1) La actora Money Express SA, antes Change Express Catalunya, se dedica, entre otras actividades, a gestionar envíos de dinero fuera de España con autorización de Banco de España (está inscrita en el correspondiente Registro) y para el desarrollo de su actividad requiere, por disposición legal la utilización de cuentas en entidades de crédito que operen en España a través de las cuales debe canalizar su actividad; 2) Con el fin de poder llevar a cabo su actividad abrió, entre otras cuentas, en el BBVA, la cc 0182 4000 69 0201614802, el 24 de mayo de 2005; 0182 4000 67 0201661006, el 31 de enero de 2008; cc nº182 4000



65 0201617931, 20 de octubre de 2011, y el contrato marco nº 0182 4000 0615 0000000182391777 para la contratación de una tarjeta de crédito asociada a la cuenta corriente nº 182 4000 65 0201617931, mientras que en el Banco Popular abrió las cuentas identificadas con los números 0075 0001 88 060 68495 87, el 8 de junio de ; c.c nº 0075 0001 88 060 70329 06, cc nº 0075 0001 88 060 68669 69, abierta 29 dic 2004 y contrato depósito oro plus por importe de 50.000 euros, y contrato depósito oro plus por importe de 60.000 euros; 3) Las dos entidades de crédito reseñadas procedieron en distintas datas a cancelar las cuentas titularidad de la actora. Así, Banco Popular comunicó por correo certificado remitido el 11 de noviembre, que fue recibido el 16 de noviembre 2010, la cancelación de las tres cuentas y los dos depósitos con efectos el día 2 de diciembre, mientras que BBVA remitió un burofax a la actora con fecha 7 de noviembre, que fue recibido el 21 de noviembre 2011, en el que comunicaba la voluntad irrevocable de cancelar las cuatro cuentas, así como la tarjeta de crédito asociada, en un plazo máximo de quince días contados a partir de la recepción de la comunicación y le compelmaba a la retirada del saldo existente en las cuentas; 4) Entre las actividades que realizan las entidades de crédito demandadas se incluye las transferencias al exterior, actividad en la compiten con los establecimientos del tipo de la actora, con gran éxito en la captación de clientes entre la población emigrante; 5) El sector de las transferencias es un sector especialmente de riesgo de blanqueo según el Servicio de Prevención de Blanqueo de Capitales (SEPBLAC); 6) La entidad BBVA realizó un análisis de las operaciones realizadas en las cuentas de las que era titular la actora en el periodo comprendido entre el 1 de septiembre y el 30 de noviembre con el siguiente resultado: 4.265 ingresos en efectivo que suponían en conjunto 4.772.171,64 euros, con un 82,58% de los ingresos realizados por personas identificadas, de las que 9 concentraban el 38,90% de los ingresos con identificación y 32,13% del total ingresado en efectivo. De las 9 personas, 3 que concentraban ingresos por 387.205,26 euros, no constaban como agentes de Money Express en el registro del Banco de España ni figuraban incluidos en la relación de principales agentes facilitada por la entidad. El resultado del estudio de la operativa dio lugar al envío de una comunicación por sospecha de blanqueo de capital al SEPBLAC, que se registró con el número 2095/ 2011. Los datos que se consignan en el análisis de la operativa realizada por BBVA coinciden con el informe pericial emitido por la empresa KGM, de análisis financiero, y su coincidencia con la realidad se reconoce en el informe pericial de operativa emitido por la actora.

CUARTO.- En el recurso formulado por BBA se sostiene, en síntesis, que la sentencia apelada, que considera que la conducta desplegada por las demandadas es subsumible en el comportamiento tipificado en el art. 4 LCD , incide en error en la interpretación de las normas, en concreto, en la interpretación de los arts. 11 de la Ley de Blanqueo de Capitales con relación al art. 3 CC , al sostener que el Banco no puede supervisar las operaciones que realizan las entidades de pago, ni fiscalizar el cumplimiento por parte de éstas de la normativa en materia de prevención de blanqueo, y también que yerra en la valoración de la prueba, pues ignora las aportadas por el BBVA sobre la forma de operar de Money Transfer -informe pericial realizado por la consultora KPMG e informe emitido por el Servicio de Blanqueo de capitales (Sepblac)-, no cuestionados de contrario.

Por tanto, para resolver la cuestión planteada en la demanda y en el recurso -si las actuaciones realizadas por las demandadas son incardinables en el ámbito de la competencia desleal, y en concreto en el art. 4 LCD -, debe analizarse, en primer lugar, si la Ley 10/2010, de 28 de Abril, de prevención de blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, impone a las entidades bancarias el control del cumplimiento de la legislación de prevención de blanqueo por otras entidades financieras que operan a través de las mismas, y, en caso afirmativo, si en el caso está objetivamente justificada la cancelación de las cuentas, medida expresamente contemplada en el art. 7.3 Ley de Prevención de Blanqueo , que adoptaron las entidades de crédito demandadas respecto a las de titularidad de la actora.

De las disposiciones de la Ley 10/2018, se consideran de interés para el caso enjuiciado, las que se refieren a los siguientes aspectos:

Ámbito subjetivo de la Ley. En el catálogo de sujetos obligados que se contiene en el art. 2, que determina el ámbito de aplicación subjetiva de la Ley, figuran entre otros sujetos: a) Las entidades de crédito, h) las entidades de pago y las entidades de dinero electrónico, i) Las personas que ejerzan profesionalmente actividades de cambio de moneda. El último párrafo del nº 1 añade que "se entenderán sujetas a la presente Ley las personas o entidades no residentes que, a través de sucursales o agentes o a mediante prestación de servicios sin establecimiento permanente, desarrollen en España actividades de igual naturaleza a las de las personas o entidades descritas en los párrafos anteriores". El número 2 precisa que "tienen la consideración de sujetos obligados, las personas físicas o jurídicas que desarrollen las actividades mencionadas en el número precedente (...). Los sujetos quedarán, así mismo, sometidos a las obligaciones de la presente Ley respecto a las operaciones realizadas a través de agentes u otras personas que actúen como mediadores o intermediarios de aquellos". El número 4 señala que "A los efectos de esta Ley se consideraran entidades financieras los sujetos mencionados en las letras a) a i) del apartado 1 de este artículo". Por su parte, el número 3 recoge la previsión de exclusión por vía reglamentaria de sujetos que realicen actividades financieras de carácter

ocasional o de manera muy limitada cuando exista escaso riesgo de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo.

Las medidas que deben adoptar los sujetos obligados se establecen en el Cap. II de la Ley, que distingue en tres categorías: medidas normales de diligencia debida, medidas simplificadas de diligencia debida y medidas reforzadas de diligencia debida.

Las medidas normales de diligencia debida comprenden la identificación formal, (art. 3); Identificación del titular real de la relación negocial con carácter previo al establecimiento de relaciones de negocio o la ejecución de cualesquiera operaciones (art. 4); propósito e índole de los negocios (art. 5); medidas de seguimiento continuo a la relación de negocios (art. 6).

Respecto a la aplicación de las medidas de diligencia debida, dice el art. 7.1. "Los sujetos obligados aplicarán cada una de las medidas de diligencia debida previstas en los artículos precedentes, pero podrán determinar el grado de aplicación de las medidas establecidas en los artículos 4,5 y 6 en función del riesgo y dependiendo del tipo de cliente relación de negocios, producto , operación, recogiendo en estos extremos la política expresa de admisión de clientes a que se refiere el art. 26. (...). En todo caso, los sujetos obligados aplicarán las medidas de diligencia debida cuando concurren indicios de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo, con independencia de cualquier excepción, exención o umbral o cuando existan dudas de la veracidad de los datos obtenidos. Y en el caso de imposibilidad de cumplimiento de las medidas de diligencia debida por parte de los sujetos obligados(que deben aplicarse a los nuevos clientes y a los anteriores en función de una análisis del riesgo), se dispone que estos no establecerán relaciones de negocio ni ejecutaran las operaciones . Cuando se aprecie la imposibilidad en el curso de la relación de negocio, los sujetos obligados pondrán fin a la misma procediendo a realizar el examen especial a que se refiere el art. 17, sin que ello conlleve ningún tipo de responsabilidad".

Las medidas simplificadas de diligencia pueden serlo respecto a clientes (art. 9) y a productos (art. 10). En lo que se refiere a los clientes dispone el art. 9 que "sin perjuicio de lo establecido en el párrafo tercero del art. 7.1, los sujetos obligados quedan autorizados a no aplicar las medidas de diligencia debida previstas en los arts. 3.2,4,5 y 6 respecto a los siguientes clientes: b) Las entidades financieras domiciliadas en la Unión Europea o en países terceros que sean objeto de supervisión para garantizar el cumplimiento de las medidas de diligencia debida. El número 3 del art. 9 dispone " Los sujetos obligados deberán reunir información suficiente para determinar si el cliente puede acogerse a una de las excepciones previstas en este artículo".

De las medidas de diligencia reforzada trata el art.11, que dispone "Los sujetos obligados aplicarán, además de las medidas normales de diligencia debida, medidas reforzadas en los supuestos previstos en la presente Sección, y en cualesquiera otros que, por presentar un alto riesgo de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo, se determinen reglamentariamente(...). En todo caso, tendrán esta consideración la actividad de banca privada, los servicios de envío de dinero y las operaciones de cambio de moneda extranjera. Reglamentariamente podrán concretarse las medidas reforzadas de diligencia debida exigibles en las áreas de negocio o actividades que presenten un riesgo más elevado de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo".

La mercantil Money Transfer SA es una entidad de pago y de compraventa de moneda, autorizada e inscrita en el Registro de Titulares de establecimiento de tal clase del Banco de España y, por tanto, sujeto obligado (al igual que las entidades demandadas) al cumplimiento de las disposiciones de la Ley 38/2010, y en tal situación se plantea la posible exclusión de la aplicación de las medidas de diligencia debida por parte de las entidades demandadas de las que es cliente, al amparo del art. 9 b) de la Ley 10/2010 , incluso la imposibilidad legal de proceder a la fiscalización del cumplimiento de la normativa en materia de prevención de blanqueo.

El art.9, antes transcrito, "... los sujetos obligados quedan autorizados a no aplicar las medidas de diligencia debida...", no incorpora una exención de la sumisión a las medidas de diligencia debida previstas en los arts. 4, 5, y 6 por parte del sujeto obligado a las financieras domiciliadas en la Unión Europea sometidas a supervisión, sino que faculta al sujeto obligado con el que entablan la relación contractual en calidad de clientes para no aplicarlas, sin perjuicio de lo establecido en el art. 7.1, cuya aplicación impone necesariamente la sumisión a ciertas medidas de control. Y es que la normativa española de trasposición de la Directiva 2005/60/CE, de 26 de octubre de 2005 del Parlamento de Europa y del Consejo , es, en términos generales, más rigurosa que la Directiva, y la excepción contemplada en el art. 9 a la aplicación de medidas simplificadas de diligencia respecto a los clientes no coincide con la establecida en el art. 11.1 de la Directiva.

El mayor rigor de la normativa nacional se explica en el Preámbulo de la Ley 38/2010 en los siguientes términos: "la Tercera Directiva es una norma de mínimos, que ha de ser reforzada o extendida, atendiendo a los concretos riesgos existentes en cada Estado Miembro, lo que justifica que la presente Ley contenga, al igual que la vigente



Ley 19/ 1993 de 28 diciembre, sobre determinadas medidas de prevención de blanqueo de capitales, algunas disposiciones más rigurosas que la Directiva".

Por tanto, conforme a la Ley Española de Prevención y Blanqueo de Capitales, parece que queda a criterio del sujeto obligado la no aplicación de las medidas de diligencia debida a una entidad financiera sometida a supervisión que es cliente y, a su vez, es sujeto obligado, el cual deberá adoptar la decisión en uno u otro sentido a la vista de las circunstancias concurrentes y, singularmente, las que contempla el art. 7.1 (tipo de cliente, relación de negocios, producto u operación). Y en el caso de que decidiera no aplicar las medidas de diligencia debida, el sujeto obligado está obligado a someter a su cliente a determinadas medidas de control en el curso de la relación de negocio, pues el párrafo 3 del art. 7.1 impone la aplicación de las medidas de diligencia debida en todo caso, con independencia de cualquier excepción o umbral cuando se aprecie la posible existencia de indicios de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo.

En tal marco normativo, la no aplicación de la excepción del art. 9.1 de la Ley 34/2010 , o, lo que es lo mismo, la aplicación de las medidas de diligencia debida por las entidades bancarias a la entidades de pago y remesadoras, que son entidades financieras sometidas a supervisión, constituiría una actuación amparada por la norma si las circunstancias concurrentes lo justificarán. En el caso, la actividad que desarrolla la actora, envíos de dinero al extranjero, se considera actividad de alto riesgo por parte del Servicio Ejecutivo de Prevención de Blanqueo de Capital, SEPBLAC, que explica en su informe que el envío de dinero se considera un sector de alto riesgo porque se transfieren fondos en efectivo que por su propia naturaleza no dejan rastro del origen de los fondos, que el conocimiento que se tiene de los ordenantes es escaso, limitándose a la identificación personal, y que, en consecuencia, puede ser fácilmente utilizado por las organizaciones criminales para canalizar al exterior los frutos de la actividad delictiva (vid informe f. 1\$47). Y la propia Ley (también la Directiva) considera que los servicios de envío de dinero y las operaciones de cambio de moneda extranjera, por su propia naturaleza, presentan un riesgo más elevado de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo y someten tales operaciones a medidas reforzadas de diligencia debida. Y es oportuno señalar que en el informe del SEPBLAC se indica que las entidades bancarias deben aplicar medidas de diligencia debida a cuantas personas físicas o jurídicas pretendan entablar relaciones de negocio con ellas o intervenir en cualquier operación, y que en la interpretación que realiza dicho servicio de la norma las medidas simplificadas no son de aplicación a entidades dedicadas al envío de dinero, puesto que el art. 11 considera aplicables las medidas reforzadas a los envíos de dinero, que la ley no concreta las medidas de diligencia reforzada aplicables y que corresponde la determinación de las medidas de diligencia reforzada a los sujetos obligados.

Cuestión distinta a la cobertura legal de la aplicación de las medidas de control a las entidades que realizan servicios de pago transfronterizos es la valoración que merece la concreta medida de cancelación de cuentas adoptada por las demandadas. El control externo de las operaciones que realizan las entidades de pago se realiza fundamentalmente a través de la figura del agente, que es la persona física o jurídica que presta servicios de pago en nombre de la entidad de la entidad de pago (art. 1 RD 712/2010 de 28 de Mayo) o, en su caso, del mandatario con poder para una concreta operación. Según la normativa reguladora de servicios de pago, Ley 16/2009, de servicios de pago que traspone la Directiva 2007/64/CE, desarrollada en algunos aspectos en el RD 712/2010 de 28 de Mayo, de régimen jurídico de los servicios de pago y las entidades de pago, los agentes deben de estar inscritos en el Registro Especial de entidades de pago del Banco de España, en donde también deben de figurar los nombres de los directivos o responsables de personas jurídicas que actúen como agentes y, además, la relación de agentes con el alcance de la representación concedida debidamente actualizada debe constar en la página web y si la entidad de pago apodera a un agente que lo haya sido por otra, la nueva entidad exigirá al agente que ponga en conocimiento de los usuarios del servicio de pago.

En el informe pericial emitido por la entidad KMG (f. 958 y ss) se ponen de manifiesto las diversas irregularidades cometida por Money Express SL en el ejercicio de su actividad de envío de servicios de pago, irregularidades que no se cuestionan en el informe emitido por D. Benito . (f. 1341 y ss), a instancia de la actora Así, en el periodo comprendido entre septiembre, octubre y noviembre 2010 de un total de 4.265 operaciones, por un importe total de 4.772.171,64 euros, en las que intervinieron 265 personas, las irregularidades afectan a 2968 operaciones , por un importe total de 3.145.732 euros, que fueron realizadas 208 personas con las siguientes característica: 1.477 operaciones, por un importe de 2.068.966 se realizaron por 198 personas que no figuraban en los registro del Banco de España; 161 operaciones por importe de 208.921 euros, se realizaron por 8 personas en las que el agente se identificó con distinto documento que el que figura en el registro del BDE, 60 operaciones, por importe de 36.497 euros, realizadas por 60 personas que operaron con el número de agente correspondiente a otra entidad y 1.270 operaciones, por importe de 831.347,08 euros, realizadas por personas sin identificar. Es decir, en más de la mitad de las operaciones realizadas por Money Express en el BBVA en el periodo de referencia se produjeron irregularidades de distinta relevancia.



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

Sin embargo, la medida de cancelación de cuentas no debe adoptarse en primer término ni por dificultades de mayor o menor entidad para la aplicación de las medidas de diligencia debida contempladas en la Ley y con mayor razón cuando, como es el caso, el cliente del sujeto obligado de las entidades que realizan servicios de pago está obligado por disposición legal a operar a través de entidades de crédito - arts. 2.4 RD 266/1998, art. 41 L 38/2010, y 22.3 RD 712/2010 de 28 de Mayo -. Y es que en tal situación la cancelación de cuentas, que impide o al menos dificulta el desarrollo por parte de la actora de la actividad que constituye su objeto social, sin haber acudido antes a otras medidas, como la no ejecución de concretas operaciones con anomalías respecto a los sujetos intervinientes, o inusuales, o la previa advertencia de proceder a la cancelación de cuentas de mantenerse la operativa irregular, sin perjuicio de la comunicación a la comisión de prevención de blanqueo, se considera precipitada y por tal, desleal, por contraria a la buena fe.

El art. 4 LCD, que contiene la cláusula general, dice en el número 1 "se reputa desleal todo comportamiento que resulte contrario a las exigencias de la buena fe...".

La reciente STS 15/7/2013 recuerda de forma sintética, cuál es la jurisprudencia de esta Sala sobre la aplicación del art. 5 LCD, que, (en la actualidad se corresponde con el apartado 1 del art. 4 LCD). Dice la sentencia:

"Este precepto "no formula un principio general objeto de desarrollo y concreción en los artículos siguientes de la misma Ley" (Sentencias 1169/2006, de 24 de noviembre, y 19/2011, de 11 de febrero), sino que "tipifica un acto de competencia desleal en sentido propio, dotado de sustantividad frente a los actos de competencia desleal que la ley ha estimado tipificar en concreto" (Sentencias 1169/2006, de 24 de noviembre, 311/2007, de 23 de marzo, y 1032/2007, de 8 de octubre). Consiguientemente, "esta cláusula no puede aplicarse de forma acumulada a las normas que tipifican en particular, sino que la aplicación ha de hacerse en forma autónoma, especialmente para reprimir conductas o aspectos de conductas que no han podido ser subsumidos en los supuestos contemplados en la tipificación particular" (Sentencias 1169/2006, de 24 de noviembre, y 48/2012, de 21 de febrero). Pero sin que ello pueda "servir para sancionar como desleales conductas que debieran ser confrontadas con alguno de los tipos específicos contenidos en otros preceptos de la propia Ley, pero no con aquel modelo de conducta -la del art. 5 LCD -, si es que ello significa propiciar una afirmación de antijuricidad degradada, mediante la calificación de deslealtad aplicada a acciones u omisiones que no reúnen todos los requisitos que integran el supuesto tipificado para impedir las" (sentencias 635/2009, de 8 de octubre, y 720/2010, de 22 de noviembre).

Y sigue la sentencia "La conducta tipificada en este art. 5 LCD es un ilícito objetivo, en la medida en que la deslealtad no se funda en la concurrencia del dolo o la culpa del autor, ni en la finalidad perseguida, sino que ha de configurarse en torno a parámetros objetivos. Y al mismo tiempo, no deja de ser un ilícito de riesgo o de peligro, porque no se hace depender de concretos efectos ocasionados por la conducta enjuiciada, sino sólo de su compatibilidad con las exigencias de la buena fe objetiva.

En cualquier caso, como pone de relieve la doctrina, esta cláusula general de represión de la competencia desleal ha de ser objeto de una interpretación y aplicación funcional. Esto es, después de identificar la conducta objeto de enjuiciamiento, debemos valorar su compatibilidad con el modelo de competencia económica que tutelado por la Ley, que es un modelo de competencia basado en el "mérito" o "bondad" (precio, calidad, servicio al cliente...) de las propias prestaciones, entendiendo por tales no sólo los productos o servicios ofertados, sino también la publicidad y el marketing empleados para convencer a los clientes de la bondad de la oferta".

Por su parte, la anterior STS 1 de julio de 2010 dice "...Según la doctrina de esta Sala, la buena fe en sentido objetivo se traduce en una exigencia ética significada por los valores de la honradez, la lealtad, el justo reparto de la propia responsabilidad y el atenerse a las consecuencias que todo acto consciente y libre puede provocar en el ámbito de la confianza ajena (S. 23 de marzo de 2007 que cita SS. 16 de junio de 2000 y 19 de abril de 2002). El art. 5 "se infringe cuando se contravienen los usos y costumbres admitidos como correctos por todos los participantes en el mercado, pues la buena fe, legalmente contemplada, no es sino la confianza o justa expectativa que, en relación con la conducta ajena, tiene quien concurre en el mismo, determinada por lo que es usual en el tráfico jurídico (S. 16 de junio de 2009)."

La actuación de la demandada BBVA desde un criterio objetivo en los términos contemplados en la doctrina jurisprudencial expuesta, que prescinde de la concurrencia de intencionalidad o culpa contraviene las exigencias de la buena fe pues se separa del comportamiento que cabe exigir a quien actúa en el mercado frente a quien tiene que recurrir necesariamente a sus servicios para desarrollar su propia actividad.



QUINTO.- La mercantil Banco Popular insiste en el recurso en la prescripción de la acción de competencia desleal por haber procedido a la cancelación de las cuentas y alega error en el cómputo del plazo por desconocer en el cómputo la fecha en la que se comunicó la cancelación de las cuentas (11 de noviembre de 2010), o en su caso, la fecha anunciada en la comunicación como fecha de inicio de los efectos de la cancelación (2 de diciembre de 2010).

En los actos de competencia desleal instantáneos (no obsta a tal consideración que los efectos persistan en el tiempo) como sería, en su caso, el que se atribuye a Banco Popular, el dies "a quo" debe de computarse, según cual de los supuestos de los contemplados en el art. 35 LCD, desde que pudo ejercitarse la acción (un año) o desde que se produjo el hecho (tres años), plazos que no son alternativos sino excluyentes (vid. TS 1 de junio de 2010) de manera que el cómputo del plazo debe realizarse desde que pudo ejercitarse la acción, siempre que se tuviere conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal -plazo de un año-, o en otro caso desde que se realizó el acto inicial -plazo de tres años-.

En el caso, la identidad de la persona que realizó el acto no suscita duda, por tanto, es de aplicación el plazo de un año. El problema se plantea en la determinación del momento de la realización del acto, que a criterio del recurrente debe ser el momento en el que la demandante recibió la comunicación de cancelación de cuentas (11 noviembre), o, subsidiariamente, la fecha anunciada como de producción de efectos de la cancelación (2 diciembre), mientras que la sentencia apelada considera que el cómputo del plazo prescriptivo no puede iniciarse en tanto se realicen apuntes en las cuentas.

La reciente STS 4 de septiembre de 2013 recuerda que la doctrina de la Sala impone interpretar restrictivamente la prescripción, al no estar basada en principios de estricta justicia, sino de seguridad jurídica y de presunción de abandono del ejercicio del derecho (Sentencia 10/2013, de 21 de enero, que cita las anteriores SSTS 261/2007, de 14 de marzo; 311/2009, de 6 de mayo; y 340/2010, de 24 de mayo).

Y conforme a la interpretación restrictiva del instituto, se considera, en coincidencia con el Juez de primera Instancia, que el cómputo de plazo de la prescripción deberá iniciarse no en la fecha anunciada de inicio de efectos de la cancelación de las cuentas (2 de diciembre) a partir de la cual no se permitió a la actora operar con las cuentas de las que era titular en la entidad admitió, sino desde la fecha en la que la cuenta dejó de ser operativa a todos los efectos, que fue posterior. Después del 2 diciembre se produjeron diversas operaciones en la cuenta bien que fueran ajenas a la actividad de la actora, tales como el abono del importe de los depósitos a plazo, que se realizaron más allá del mes de marzo.

Así, habiéndose interpuesto la demanda el 2 de enero de 2012, es claro que el plazo de prescripción de un año desde que la acción pudo ejercitarse no había transcurrido.

SEXTO.- Rechaza la prescripción de la acción, procede determinar si la cancelación de cuentas Money Transfer por parte del Banco Popular es constitutiva de competencia desleal.

La mercantil Banco Popular justifica la cancelación de cuentas en la contestación a la demanda en el elevado número de operaciones, gran número de agentes, que ascienden a más de mil, practica por la compañía de constantes apoderamientos y revocaciones de poder y la imposibilidad de asegurar el curso de las operaciones hasta el beneficiario final.

En el informe pericial emitido por D. Jaime a petición del Banco Popular (f. 1217) se señala que el número de apoderados del Banco ascendía a 1774 entre apoderados y apoderados solidarios, la elevada rotación de apoderados (nombramientos y revocaciones constantes), el elevado número de operaciones de ingreso en efectivo que supusieron un 89,32 % del total de ingresos, lo que hace pensar en fraccionamiento de las operaciones o simplemente para reducir el importe de la orden, el empleo de multitud de sucursales desde las que se cursaron los ingresos en efectivo- 467- comporta dificultad para el control por la demanda, y dificulta la identificación del destinatario final el posible fraccionamiento de operaciones para aparentar varios beneficiarios cuando en realidad sólo hay uno.

Pero la cuestión es que los argumentos esgrimidos en la contestación para justificar la cancelación comportan dificultad de control pero no conlleva, en líneas generales, irregularidades en la operativa o, al menos, no se explican en manera suficiente, y no se acompañan de un seguimiento del curso de los negocios en un periodo de tiempo que posibilite la representación de la operativa de la actora. Y los datos que se recogen en el informe pericial, que no se corresponden con las supuestas anomalías recogidas en la contestación, no pueden tomarse en consideración al efecto de la valoración de la conducta de la demanda en el ámbito competencial, porque no pudieron ser tomadas en consideración para proceder a la cancelación de cuentas.

En tal situación, sin perjuicio de la facultad del Banco Popular de adoptar las medidas de diligencia normales y reforzadas frente a sus clientes, que incluirían, en su caso, la de recabar información sobre ordenantes y



beneficiarios en los supuestos de sospecha de no correspondencia con los expresados como se ha razonado, la cancelación de cuentas carece de justificación y, por tanto, es desleal.

SÉPTIMO.- Aún cuando las conductas desarrolladas por las demandas se han considerado constitutivas de competencia desleal, dado que, por una parte, la actuación del BBVA no es irrazonable según la Ley 10 /2010, y, de otra parte, que la norma de aplicación es nueva, y su interpretación no está exenta de dificultad, que en la fecha en la que se procedió a la cancelación de cuentas no había resoluciones judiciales sobre su aplicación y que los precedentes judiciales son escasos, razones por las que se suscitan dudas de derecho, se deja sin efecto la condena en costas de la primera instancia respecto al BBVA.

Y por las razones expuestas en el segundo inciso, no se efectúa especial pronunciamiento respecto a las causadas por los recursos (art. 394 y 398 LEC).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

En nombre de S.M. el Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español, y su Constitución,

FALLAMOS

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

Transfírase por el Secretario Judicial del Juzgado de origen a la cuenta de depósitos de recursos inadmitidos y desestimados el depósito efectuado por BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A.

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

MODO DE IMPUGNACIÓN: contra esta resolución cabe recurso de **CASACIÓN** ante la Sala de lo Civil del TRIBUNAL SUPREMO, **si se acredita interés casacional** . El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Tribunal en el plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículos 477 y 479 de la LECn).

También podrán interponer recurso extraordinario por **INFRACCIÓN PROCESAL** ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por alguno de los motivos previstos en la LECn. El recurso habrá de interponerse mediante escrito presentado ante este Tribunal dentro de los **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículo 470.1 y Disposición Final decimosexta de la LECn).

Para interponer los recursos será necesaria la **constitución de un depósito** de 50 euros si se trata de casación y 50 euros si se trata de recurso extraordinario por infracción procesal, sin cuyos requisitos no serán admitidos a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Tribunal tiene abierta en el grupo Banesto (Banco Español de Crédito) con el número 4704 0000 00 0014 13 . Caso de utilizar ambos recursos, el recurrente deberá realizar dos operaciones distintas de imposición, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 06 para el recurso de casación, y código 04 para el recurso extraordinario por infracción procesal. La consignación deberá ser acreditada al **interponer** los recursos (DA 15ª de la LOPJ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Al escrito de interposición deberá acompañarse, además, el justificante del pago de la tasa judicial debidamente validado, salvo que concurra alguna de las exenciones previstas en la Ley 10/2012.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.