

AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 9 DE JULIO DE 2018

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª

Recurso nº: 2909/2018
Ponente: D. José María del Riego Valledor
Acto impugnado: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, de 7 de febrero de 2018
Fallo: Inadmisión

En Madrid, a 9 de julio de 2018.

HECHOS

PRIMERO.- La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional ha dictado, con fecha 7 de febrero de 2018, sentencia en el procedimiento ordinario n.º 302/2016, desestimatoria del recurso interpuesto por Bankinter, S.A. contra la desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto contra la resolución del subsecretario de Economía y Competitividad -por delegación del ministro de Economía y Competitividad- de 11 de agosto de 2015, por la que se resuelven los expedientes sancionadores acumulados incoados a Bankinter, S.A. por infracciones muy graves de la Ley de Mercado de Valores, imponiéndole las siguientes sanciones: 1.- Una sanción de multa de 4 millones de euros por infracción del art. 79 bis de la Ley 24/1998, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LMV), en relación con la realización del test de conveniencia o su realización inadecuada a los clientes que contrataron permutas financieras sobre tipo de interés en el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de enero de 2009, infracción tipificada como muy grave en el art. 99 z) bis del mismo precepto legal. 2.- Una sanción de multa de cien mil euros por infracción del art. 79 bis de la Ley 24/1998, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en relación con la evaluación de la conveniencia de operaciones de compra de clientes minoristas sobre instrumentos financieros complejos (bonos estructurados), infracción tipificada como muy grave en el art. 99 z) bis del mismo precepto legal.

SEGUNDO.- En lo que aquí interesa, la sentencia razona lo siguiente:

En relación con las alegaciones referidas a la caducidad del procedimiento sancionador:

Acumulación: Frente a las alegaciones de la recurrente de que la acumulación acordada se ha dictado en fraude de Ley, a fin de evitar la caducidad del primer procedimiento incoado, la sentencia considera que el acuerdo de acumulación es conforme con lo dispuesto por el art. 73 Ley 30/1992, ya que «[...] sí que se observa una conexión entre ambos procedimientos, que deriva de la presencia de una única entidad de crédito, que tras ser sometida a supervisión se comprueba que no ha seguido un código de conducta legalmente establecido en orden a la información y advertencias que deben hacer a sus clientes en el momento de contratar determinados productos. En este sentido se advierte una conexión entre ambos procedimientos, que permite su acumulación de procedimientos puesto que en ambos hay un comportamiento que se desarrolla en torno al cumplimiento de unas obligaciones legales referidas a los procedimientos de información y evaluación de conveniencia». Añade, tras recordar que la duración ordinaria del procedimiento es de 12 meses, que en el momento de acordar la acumulación habían transcurrido 6 meses y 7 días de tramitación del primer procedimiento, luego restaba prácticamente la mitad del tiempo de duración ordinaria del procedimiento para la práctica de prueba, la petición de informes, propuesta de resolución, alegaciones, elevación de la propuesta de resolución al Ministerio de Economía, petición de informe al Banco de España y elaboración de la resolución y su notificación; y restando a ese período los 3 meses de suspensión y las prórrogas solicitadas, «[...] resulta que la tramitación conjunta de los dos procedimientos sancionadores desde la prueba –siempre más compleja y laboriosa– haría consumido algo más

de 7 meses. De ahí que teniendo en cuenta la entidad de los procedimientos, y la complejidad reconocida e invocada por la actora en sus peticiones de prórroga, mal puede afirmarse que se acordó la acumulación en fraude de ley, porque de haberse tramitado un solo procedimiento normalmente se hubiera culminado en menor tiempo (por la menor complejidad), y por consiguiente dentro de plazo legal».

Ampliación del plazo de duración del procedimiento: La sentencia considera que el acuerdo de ampliación se dictó de conformidad con lo dispuesto por el art. 2 del Real Decreto 2119/1993, y, tras exponer que el acuerdo de ampliación de plazos requiere una motivación suficiente conforme al art. 54.1.e) de la Ley 30/1992, concluye, tras el examen del acuerdo de ampliación, que no hay razón alguna que apoye a través de los hechos o a través de indicios las afirmaciones de la demandante de que dicho acuerdo se ha adoptado con la finalidad de eludir la caducidad, pues «[...] el acuerdo de ampliación da razón detallada de lo acaecido en el procedimiento y de la necesidad de esperar a que ambos expedientes lleguen al mismo estadio de tramitación, para lo cual se hace precisa la ampliación, computando el total desde el acuerdo de inicio del procedimiento de coberturas. No existe, por tanto, atisbo de arbitrariedad o de la utilización de la ampliación para poder eludir de forma artificiosa la caducidad».

Plazo de suspensión aplicado al amparo del art. 42.5.c) de la Ley 30/1992, a fin de poder evacuar el informe del art. 98 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, por parte del Banco de España: La sentencia desestima la alegación de la demandante de que dicha suspensión es inadecuada al no ser preceptivo el informe en cuestión, y lo hace con base en el art. 97 de la LMV y la sentencia de esta Sala del TS de 8 de julio de 2010 (rec. 72/2010), que reconoce de forma implícita que ese informe no solo es preceptivo, sino determinante de la sanción, añadiendo que «Dicha conclusión resulta coherente con la dinámica del procedimiento sancionador, ya que ese informe tiene por objeto conocer si el monto total de la sanción afecta de forma relevante a la solvencia y situación patrimonial de esta entidad, en cuyo caso el Banco puede formular observaciones».

En relación con la tipicidad de la infracción:

En cuanto a la comercialización de las permutas de tipos de interés, sobre las que la demandante en la instancia alega que se le sanciona por incumplimiento de lo establecido por el art. 79 bis LMV en relación con la no realización del test de conveniencia o realización inadecuada, cuando tal test no venía impuesto por la norma, la sentencia, tras transcribir el art. 79 bis LMV, considera que dicho precepto contiene una obligación de solicitar del cliente una información concreta y determinada, y asimismo el deber de advertir al mismo acerca de la adecuación del producto; añade que dicho precepto fue desarrollado a través del Real Decreto 217/2008, cuyo art. 73 regula la "Evaluación de la conveniencia" y el art. 74 las "Disposiciones comunes a las evaluaciones de idoneidad y conveniencia", de donde se evidencia que «[...] la norma aplicable al periodo de referencia establecía de forma clara qué información era necesario recabar del cliente, en orden a valorar la idoneidad y conveniencia del producto, a la vista de la información suministrada por el cliente. Es precisamente los defectos de la metodología utilizada por la entidad el hecho que se imputa a la demandante, con base en las normas citadas». Añade la sentencia que la norma anterior seguía un mismo esquema, exigiendo obligaciones de igual contenido, conforme ha tenido ocasión de poner de relieve el TS, citando al

efecto las sentencias de la Sala Primera del TS de 30 de diciembre de 2017 (rec. 1218/2015) y de 2 de junio de 2017 (rec. 2622/2014).

TERCERO.- La procuradora D.^a RSM, en nombre de Bankinter, S.A., ha preparado recurso de casación contra la citada sentencia de 7 de febrero de 2018, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional en el procedimiento ordinario n.º 302/2016.

La parte recurrente denuncia las siguientes infracciones por parte de la sentencia:

1.- Artículos. 44.2, 42.6, 49, 54.1.e) y 73 de la Ley 30/1992, y 2 del Real Decreto 2119/1993, sobre el procedimiento sancionador aplicable a los sujetos que actúan en los mercados financieros.

Alega, en síntesis, que la ampliación del plazo para resolver el expediente “coberturas” (acumulado) no es un remedio excepcional que se acordara cuando se había agotado “todos los medios a disposición posibles”, siendo la ampliación antijurídica porque se justifica por una causa arbitraria: la previa acumulación del expediente “bonos” al expediente “coberturas”; acumulación puramente voluntarista, pues los dos expedientes difieren en su elemento esencial para apreciar la “identidad sustancial o íntima conexión”: los hechos difieren en su momento temporal, en el tipo de operaciones financieras afectadas, en el volumen de operaciones afectadas y la gravedad de la conductas.

2.- Artículos. 44.2 y 42.5.c de la Ley 30/1992 en relación con el artículo 97 LMV.

Alega, en síntesis, que la sentencia no justifica de qué manera el informe del Banco de España tenía en el caso concreto el carácter determinante que exige el art. 42.5.d) Ley 30/1992 para poder acordar la suspensión, añadiendo que la STS de 8 de julio de 2010 (rec. 72/2010) invocada por la sentencia recurrida no se refería al informe del Banco de España del art. 97 LMV.

3.- Artículos. 129 de la Ley 30/1992, y 79.bis y 99.z) bis de la LMV en relación con el artículo 25 CE.

Alega que la sentencia vulnera el principio de tipicidad, pues el art. 79.bis LMV no exigía, a la fecha de las supuestas infracciones, la tramitación de un test de conveniencia, sino la obtención de determinada información; y que el art. 99.z) bis requería la existencia de “perjuicios para los clientes”, dato que no es acreditado por la Orden impugnada porque no concurrió. Añade que la jurisprudencia civil tomada en consideración por la sentencia resuelve cuestiones diferentes, sin que exista un pronunciamiento en la sentencia sobre si su mandante cumplía o no con las obligaciones de información requeridas por la legislación vigente al momento de los hechos, dado que el test de conveniencia no le era exigible; tampoco se pronuncia la sentencia sobre el elemento del tipo vigente en la fecha de la infracción, consistente en la concurrencia de los perjuicios para los clientes, que era al menos exigible en el caso de la sanción de coberturas.

Como supuestos de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia invoca los siguientes:

Artículo 88.3.d) LJCA. Justifica el supuesto en que la Orden recurrida, aunque dictada por el ministro de Economía y Competitividad, es un acto de supervisión del mercado de valores, materia a la que el legislador ha querido dar acceso general al recurso de casación. Además, añade que en el momento de la aprobación de la reforma de la casación contencioso-administrativa, la competencia para imponer todas las sanciones en materia de mercado de valores correspondía a la CNMV.

Artículo 88.3.a) LJCA. Este supuesto lo refiere a la cuestión de la caducidad, alegando que no ha encontrado en la jurisprudencia un caso que presente los matices del presente, por plantearse cumulativamente los supuestos de acumulación indebida y consecuente ampliación del plazo, siendo necesario, añade, que el Tribunal Supremo delimite con precisión las facultades de disposición de los plazos que tiene la Administración para resolver un procedimiento sancionador, con una correcta interpretación de las previsiones sobre acumulación, ampliación y, también, suspensión.

Artículo 88.2.c) LJCA. Supuesto de interés casacional que también lo refiere a la cuestión de la caducidad, alegando que el recurso es susceptible de afectar a un gran número de situaciones.

CUARTO.- La Sala de instancia tuvo por preparado el recurso por auto de 18 de abril de 2018, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia dentro del plazo de treinta días ante esta Sala, así como la remisión de los autos originales y del expediente administrativo.

Se han personado ante esta Sala la entidad Bankinter, S.A., en concepto de parte recurrente, y el abogado del Estado, en concepto de parte recurrida, manifestando su oposición a la admisión del presente recurso.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. José María del Riego Valledor, Magistrado de la Sala.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La sentencia contra la que se prepara el presente recurso de casación desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto contra la resolución del subsecretario de Economía y Competitividad -por delegación del ministro de Economía y Competitividad- de 11 de agosto de 2015, por la que se resuelven los expedientes sancionadores acumulados incoados a Bankinter, S.A. por infracciones muy graves de la Ley de Mercado de Valores.

SEGUNDO.- La Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, introduce en su Disposición Final Tercera una reforma del recurso de casación contencioso-administrativo con la finalidad de intensificar las garantías en la protección de los derechos de los ciudadanos. Tal y como se señala en el Preámbulo de la Ley, «[...] con la finalidad de que la casación no se convierta en una tercera instancia, sino que cumpla estrictamente su función nomofiláctica, se diseña un mecanismo de admisión de los recursos basado en la descripción de los supuestos en los que un asunto podrá acceder al Tribunal Supremo por concurrir un interés casacional [...]». Es por tanto carga del recurrente argumentar de forma suficiente las razones por las cuales concurre el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, sin que la mera invocación de los supuestos previstos en la norma satisfaga dicha necesidad.

TERCERO.- Junto a la invocación del artículo 88.2.c) de la LJCA, en el escrito de preparación se invocan los apartados a) y d) del artículo 88.3 de la LJCA para razonar la concurrencia del interés casacional.

El artículo 88.3.d) LJCA presume la existencia de interés casacional objetivo en aquellos supuestos en los que la resolución judicial impugnada «resuelva recursos contra actos o disposiciones de los organismos reguladores o de supervisión o agencias estatales cuyo enjuiciamiento corresponde a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional». Sobre el ámbito de aplicación de este precepto hemos manifestado ya que se circunscribe «a los actos o disposiciones emanados de organismos reguladores o de supervisión cuyo enjuiciamiento corresponde a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional» (por todos, AATS de 18 de abril y 18 de octubre de 2017, recursos 114/2016 y 3206/2017).

Junto a la letra d) del apartado 3 del artículo 88 de la LJCA se invoca también el supuesto de interés casacional por inexistencia de jurisprudencia, establecido en la letra a) del citado artículo y apartado, que acoge determinados supuestos en los que “se presumirá” que concurre interés casacional objetivo. Ahora bien, al respecto conviene aclarar que la presunción recogida en el meritado apartado no es absoluta, pues el propio artículo 88.3 de la LJCA, *in fine*, permite inadmitir (mediante «auto motivado») los recursos inicialmente beneficiados por la presunción cuando este Tribunal Supremo «aprecie que el asunto carece manifiestamente de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia».

Con relación a este inciso procede que hagamos algunas puntualizaciones: 1º) Por tal «asunto» ha de entenderse no tanto el tema litigioso de la instancia, globalmente considerado, sino más bien el que la propia parte recurrente plantea en su escrito de preparación, pues es a éste al que se refiere al fin y al cabo el juicio sobre el interés casacional que justifica la admisión del recurso; y 2º) La inclusión del adverbio «manifiestamente» implica que la carencia de interés ha de ser claramente apreciable sin necesidad de complejos razonamientos o profundos estudios del tema litigioso (así se caracterizó por la jurisprudencia constante esta locución al hilo del antiguo artículo 93.2.d) LJCA en su inicial redacción, que configuraba como causa de inadmisión del recurso de casación la consistente en carecer manifiestamente de fundamento el recurso). Así, a título de ejemplo, el recurso podría ser inadmitido mediante auto, según lo previsto en el artículo 88.3 *in fine* LJCA, precisamente por carecer manifiestamente de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, si se pretende anudar

el interés casacional a infracciones normativas circunscritas a las concretas vicisitudes del caso litigioso sin trascender a cuestiones dotadas de un mayor contenido de generalidad o con posible proyección a otros litigios (en el mismo sentido, ATS de 6 de marzo de 2017, rec.150/2016).

Por otra parte, la invocación de aquella presunción no exime a la parte recurrente de cumplir con los requisitos formales establecidos en el artículo 89.2 LJCA, como es expresar alguno o alguno de los supuestos de los artículos 88.2 y 88.3 LJCA, con una argumentación específica en apoyo de unos u otros que permita conocer las razones por las cuales la parte recurrente pretende subsumir en ellos la controversia concreta planteada, poniendo de manifiesto sobre qué concreta cuestión o cuestiones se entiende que existe interés casacional susceptible de merecer un pronunciamiento de esta Sala en relación con el mismo.

CUARTO.- Aplicando las anteriores premisas al asunto del caso, hemos de concluir, en primer lugar, que la parte recurrente ha identificado como cuestión que, a su juicio, reviste interés casacional, por inexistencia de jurisprudencia (artículo 88.3.a/ LJCA) y por la posible afectación a gran número de situaciones (artículo 88.2.c/ LJCA), la referida a la caducidad del expediente administrativo en relación con la acumulación y ampliación de plazos, sin vincular ninguno de los supuestos de interés casacional con la cuestión referida a la invocada vulneración del principio de tipicidad.

Y, en segundo lugar, que las cuestiones planteadas y las alegaciones desplegadas en el escrito de preparación, en cuanto conciernen al tema de la caducidad, deben tildarse de manifiestamente carentes de interés casacional y ello por cuanto las cuestiones planteadas por la parte recurrente se ciñen a los aspectos más casuísticos del litigio, sin superar este limitado marco, ni suscitar problemas hermenéuticos extrapolables a otros casos.

Además, la parte recurrente justifica la concurrencia de la presunción del artículo 88.3.a) LJCA, en que no ha encontrado en la jurisprudencia un caso que presente los matices del presente por plantearse cumulativamente los supuestos de acumulación indebida y consecuente ampliación del plazo. No obstante, la jurisprudencia en relación con dichas cuestiones está formada (por todas, SSTS de 25 de febrero de 2009 –rec. 232/2006-, de 8 de mayo de 2018 –rec. 3581/2015- y 6 de febrero de 2018 –rec. 3470/2015–), sin que para ello sea necesario que incidan cumulativamente ambas cuestiones en un mismo recurso, pues no puede pretenderse en el contexto de un recurso de casación con vocación nomofiláctica y de generación de jurisprudencia uniforme, que en este supuesto quepa incluir la inexistencia de una resolución específica que resuelva un supuesto singular idéntico en sus aspectos fácticos al que se recurra en cada momento ante el Tribunal Supremo.

QUINTO.- Procede, por tanto, declarar la inadmisión del recurso; y, de conformidad con lo previsto en el artículo 90.8 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, ello comporta la imposición de las costas a la parte recurrente. Ahora bien, como autoriza ese mismo precepto, la Sala considera procedente limitar hasta una cifra máxima de dos mil euros (2.000 €) la cantidad que la parte condenada al pago de las costas ha de satisfacer a la parte recurrida, por todos los conceptos.

Por lo expuesto,

La Sección de Admisión acuerda:

Declarar la inadmisión del recurso de casación n.º 2909/2018 preparado por la representación de Bankinter, S.A. contra la sentencia de 7 de febrero de 2018, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional en el procedimiento ordinario n.º 302/2016, con imposición de costas a la parte recurrente en los términos señalados en el último fundamento jurídico de la presente resolución.

Así lo acuerdan y firman.