

**SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 29 DE SEPTIEMBRE DE
2016**

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª

Recurso nº.: 417/2015
Ponente: Dª. Isabel García García-Blanco
Acto impugnado: Resolución del Ministerio de Economía y Competitividad de 16 octubre de 2015, que confirma en alzada la Resolución del Consejo de la CNMV de 21 de mayo de 2014
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a veintinueve de septiembre de dos mil dieciséis.

Visto el recurso contencioso-administrativo que ante esta Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el **número 417/2015**, se tramita a instancia de **BANCO SANTANDER, S.A.**, representado por el Procurador D. E.C.F., y asistido por el Letrado D. J.G.S., contra Resolución del Subsecretario de Economía y Competitividad, por delegación del Ministro de Economía y Competitividad, de 16-10-2015 desestimatoria del recurso de alzada interpuesto contra la resolución del Consejo de la CNMV, de 21-5-2014, por la que se declaraba la comisión, por BANCO BANIF, S.A. (absorbida por BANCO SANTANDER), de una infracción grave tipificada en el artículo 100.t) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores; y se imponía a BANCO SANTANDER, por subrogación, una multa por importe de dos millones de euros (2.000.000 €) y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte indicada interpuso en fecha 3/12/2015 este recurso respecto de los actos antes aludidos y, admitido a trámite, y reclamado el expediente administrativo, se entregó éste a la parte actora para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo, en la que realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el Suplico de la misma, en el que literalmente dijo: *"que, teniendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo y tenga por formalizada la demanda en los presentes autos por parte de BANCO SANTANDER, S.A.; y, previos los trámites legales, dicte sentencia por la que acuerde estimar el presente recurso y, con imposición de costas a la Administración: 34/36. 1º) Con carácter principal, anule íntegramente la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de 21 de mayo de 2014 y la Resolución de 16 de octubre de 2015 dictada por el Ministro de Economía y Competitividad, objeto del presente recurso. 2º) Con carácter subsidiario, anule parcialmente la sanción de 2.000.000 € impuesta en las Resoluciones recurridas por su carácter desproporcionado, en los términos indicados en el Fundamento Jurídico VI de esta demanda"*.

SEGUNDO.- De la demanda se dio traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la Administración demandada contestó en un relato fáctico y una argumentación jurídica que sirvió al mismo para concretar su oposición al recurso en el suplico de la misma, en el cual solicitó: *"Que tenga por presentado este escrito, se sirva admitirlo, tenga por contestada la demanda, y tras los trámites oportunos, dicte sentencia desestimando el mismo y declarando la conformidad a Derecho de la resolución recurrida, con imposición de costas a la parte actora"*.

TERCERO.- Solicitado el recibimiento a prueba del recurso, la Sala dictó Auto de fecha 15 de abril de 2016 acordando el recibimiento a prueba, habiéndose practicado la propuesta y admitida con el resultado obrante en autos.

Siendo el siguiente trámite el de Conclusiones, a través del cual, las partes, por su orden, concretaron sus posiciones y reiteraron sus respectivas pretensiones. Por providencia de 12 de septiembre de 2016 se hizo señalamiento para votación y fallo el día 27 de septiembre de 2016, en que efectivamente se deliberó y votó.

CUARTO.- En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las forma legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción. Y ha sido Ponente el Magistrado de esta Sección Doña Isabel García García-Blanco.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- En el presente recurso se impugna la resolución del Subsecretario de Economía y Competitividad, por delegación del Ministro de Economía y Competitividad, de 16-10-2015 desestimatoria del recurso de alzada interpuesto contra la resolución del Consejo de la CNMV, de 21-5-2014, por la que se declaraba la comisión por BANCO BANIF, S.A. (absorbida por BANCO SANTANDER) de una infracción grave tipificada en el artículo 100.t) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en sucesivas citas LMV) por incumplimiento, desde el 1 de enero hasta el 31 de agosto de 2010, de lo establecido en el artículo 79 de la LMV, en relación con la vulneración del deber de actuar con transparencia y diligencia y en interés de sus clientes, por haber percibido comisiones que no se ajustan a lo establecido en la letra b) del artículo 59 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y se imponía a BANCO SANTANDER, por subrogación, una multa por importe de DOS MILLONES DE EUROS (2.000.000 €).

En dicho periodo BANIF prestaba servicios financieros de asesoramiento y gestión discrecional de carteras y operaba como subdistribuidor de los fondos de la entidad ALLFUNS BANK.

SEGUNDO.- En la demanda se expresan las siguientes conclusiones:

(i) "Ausencia de tipicidad. La opción por defecto por la clase de acción retail (que es la que, como regla general, supone mayores comisiones pero menores requisitos de acceso) se adoptó por Banif con el fin de dotar al conjunto de sus clientes de mayores posibilidades de inversión: Banif ofrecía a sus clientes un sistema de "arquitectura abierta", en el cual existía la posibilidad de invertir en miles de fondos de inversión diferentes. Este sistema ofrece, por ello, mayores alternativas de diversificación y, con ello, de reducir los riesgos e incrementar las potenciales rentabilidades de los clientes. Pero, a su vez, este tipo de sistemas justifica la aplicación de procedimientos estandarizados, en los que, a la hora de

asignar a cada cliente una determinada clase de acciones, se adoptan reglas o criterios generales para el conjunto de los clientes. La necesidad de aplicar procedimientos estandarizados es algo que no se discute en las Resoluciones recurridas. El criterio estandarizado aplicado por Banif consistió en acudir por defecto a las clases retail, ya que son las que, aunque devengan mayores comisiones, imponen con carácter general menores requisitos de acceso. De esta manera, se aseguraba que todos los clientes pudieran acceder a todos los fondos y que no se incumplieran las reglas de acceso en ningún supuesto. De esta forma, los ingresos vinculados a esas comisiones se justificaban en un sistema que, considerado en su conjunto, ampliaba las posibilidades de inversión de los clientes y redundaba en una mayor calidad.

(ii) Ausencia de culpabilidad. Incluso si se considerase concurrente el tipo de la sanción, la conducta de Banif nunca podría calificarse de culpable. El criterio seguido perseguía la finalidad mencionada -mejorar en su conjunto las posibilidades de inversión de los clientes- y no incrementar artificialmente las comisiones, lo que no se discute en las Resoluciones recurridas. La norma, por su parte, más allá de principios generales no fija reglas específicas en materia de selección de clases de acciones. Y en el expediente quedó acreditado que éste es un campo en el que no hay un criterio fijo en el mercado, incluso con posterioridad a los hechos que han dado lugar a la sanción.

(iii) Subsidiaria reducción de la sanción en aplicación del principio de proporcionalidad. Con carácter subsidiario, la sanción debería reducirse frente al elevado importe de 2.000.000 de euros que resulta de las Resoluciones recurridas. Se ha acreditado que la conducta sancionada no perseguía ninguna finalidad ilícita; que respondía a una motivación razonable en aras de un mejor servicio al cliente; y que en todo caso, antes de iniciarse el procedimiento sancionador Banif procedió por propia iniciativa a adaptarse al criterio marcado por la CNMV en fase de inspección". (Sic)

TERCERO.- En la resolución recurrida se recogen los siguientes hechos:

"1. En relación con las operaciones en cuestión, y al margen de otros ingresos que pudiera percibir de los inversores (comisiones de suscripción, etc.), BANIF operaba como subdistribuidor de Allfunds Bank, percibiendo de éste como retribución una retrocesión de un porcentaje de las comisiones de gestión (o distribución) aplicadas a las IIC de terceras SGIC, cuyas participaciones eran adquiridas por BANIF por cuenta de sus clientes en el contexto de operaciones asesoradas por la entidad o de gestión discrecional de carteras.

2. En el análisis de dichas operaciones, se comprobó que:

Para determinadas IIC extranjeras analizadas, la mayoría de las compras y traspasos de entrada de inversores minoristas en el contexto del asesoramiento financiero (un 96% de la muestra) se realizaron sobre clases de acciones que tenían mayores comisiones de gestión (o incluían comisiones de distribución) que otras clases de acciones del mismo compartimento que, teniendo importes mínimos de suscripción similares a las clases de acciones comercializadas, soportaban menores comisiones de gestión (o carecían de comisión de distribución).

La mayor parte (un 79%) de las posiciones de carteras gestionadas invertidas en IIC extranjeras, lo estaban en las clases de acciones que tenían mayores comisiones de gestión (o incluían comisiones de distribución) que otras clases de acciones del mismo compartimento que, teniendo importes mínimos de suscripción similares a las clases de acciones comercializadas, soportaban menores comisiones de gestión (o carecían de comisión de distribución).

3. Como consecuencia de la conducta señalada, los clientes de la Entidad asumieron un sobrecoste en tales operaciones (puesto que existían otras acciones del mismo compartimento, de características idénticas, pero con menores comisiones) a la vez que el Banco veía incrementados sus ingresos por este concepto (principalmente porque al ser retribuido por su función como subdistribuidor mediante una retrocesión determinada sobre un porcentaje de la comisión de gestión, al ser estas mayores, se ampliaba la base de cálculo de la retrocesión. Adicionalmente, tal y como se recoge en el apartado de hechos probados de la Resolución impugnada, en los cuatro compartimentos de IIC extranjeras analizados como muestra en el caso de operaciones asesoradas, en todos los supuestos, las clases de acciones recomendadas no sólo tienen una mayor comisión de gestión sino que, además, era también mayor el porcentaje aplicado en el cálculo de la retrocesión, de manera que al recomendar BANIF a sus clientes la compra de las series más caras no sólo se ampliaba la base de cálculo de la retrocesión que la Entidad obtenía, sino que también aumentaba el propio porcentaje de retrocesión aplicado)." (Sic).

Además, la Resolución hace una estimación aproximada tanto del perjuicio causado a los clientes por el exceso de comisiones soportadas, como del beneficio obtenido por la Entidad correspondiente a tal exceso, según la cual:

"a) El importe total del exceso de comisiones soportadas por clientes asesorados y gestionados ascendería, en un año, a, aproximadamente, millones de euros.

b) El importe de las retrocesiones percibidas por BANIF correspondiente a dicho exceso de comisiones ascendería, en un año, a, aproximadamente, 3,6 millones de euros" (sic).

CUARTO.- Se denuncia la vulneración del principio de tipicidad.

La **letra t) del art. 100 de la LMV**, en la redacción vigente en la fecha de los hechos, tipificaba como infracción grave: *"la inobservancia por quienes prestan servicios de inversión de las obligaciones, reglas y limitaciones, previstas en los apartados 2 y 3 del artículo 70 ter, o en los artículos 70 quater, 79, 79 bis, 79 ter, 79 quinquies y 79 sexies, cuando no constituya infracción muy grave"*. En la resolución recurrida se analiza la posible aplicación retroactiva de las modificaciones producidas en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores por la ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, fecha de vigor 6-3-2011, descartándola pues: *"no cabe la aplicación retroactiva de las nuevas disposiciones sancionadoras por cuanto la nueva redacción agrava el incumplimiento del artículo 79 cometido por BANIF al considerarlo muy grave en todo caso, siendo grave si se produce de forma ocasional o aislada o leve cuando el incumplimiento es singular, circunstancias que en el presente supuesto, por tratarse de incumplimientos de la norma por*

parte de BANIF llevados a cabo de forma reiterada, no concurren." En la demanda no se plantean cuestiones relativas a la aplicación retroactiva in bonus.

El citado **art. 79 de la LMV** dispone que *"Las entidades que presten servicios de inversión deberán comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios, y, en particular, observando las normas establecidas en este capítulo y en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo. En concreto, no se considerará que las empresas de servicios de inversión actúan con diligencia y transparencia y en interés de sus clientes, si en relación con la provisión de un servicio de inversión o auxiliar pagan o perciben algún honorario o comisión, o aportan o reciben algún beneficio no monetario que no se ajuste a lo establecido en las disposiciones que desarrollen esta Ley."*

El **art. 59 b) del Real Decreto 217/2008**, califica como incentivos permitidos, a los efectos del artículo 79 de la LMV, los honorarios, comisiones o beneficios no monetarios pagados o entregados a un tercero o a una persona que actúe por cuenta de aquél, y los ofrecidos por un tercero o por una persona que actúe por cuenta de aquél, cuando se cumplan las siguientes condiciones:

1) La existencia, naturaleza y cuantía de los honorarios, comisiones o beneficios no monetarios o, cuando su cuantía no se pueda determinar, el método de cálculo de esa cuantía, deberán revelarse claramente al cliente, de forma completa, exacta y comprensible, antes de la prestación del servicio de inversión o servicio auxiliar. A tales efectos, las entidades que presten servicios de inversión podrán comunicar las condiciones esenciales de su sistema de incentivos de manera resumida, siempre que efectúen una comunicación más detallada a solicitud del cliente. Se entenderá cumplida esta última obligación cuando la entidad ponga a disposición del cliente la información requerida a través de los canales de distribución de la entidad o en su página Web, siempre que el cliente haya consentido a dicha forma de provisión de la información.

2) El pago de los incentivos deberá aumentar la calidad del servicio prestado al cliente y no podrá entorpecer el cumplimiento de la obligación de la empresa de actuar en el interés óptimo del cliente.

La resolución sancionadora considera que BANIF, en tanto que recomendó (en el ámbito del asesoramiento financiero a clientes minoristas) y adquirió (como gestor de carteras de clientes) clases de acciones de IIC extranjeras con mayores comisiones de gestión que otras del mismo compartimento que, teniendo importes de suscripción mínimos similares a las clases de acciones recomendadas o adquiridas, soportaban, sin embargo, menores comisiones de gestión o carecían de comisión de distribución, incumple la condición establecida en el artículo 59.b).ii) del Real Decreto 217/2008 dado que la recomendación y adquisición de esas series más caras por parte de BANIF para sus clientes asesorados/gestionados, además de no suponer un aumento de la calidad del servicio prestado a sus clientes, entorpeció el cumplimiento de la obligación de BANIF de actuar en el interés óptimo de los mismos.

La parte actora defiende, que la recomendación o adquisición de series de acciones con comisiones de gestión más elevadas que otras del mismo compartimento y en consecuencia mayores retrocesiones es consecuencia del modelo de gestión elegido, basado en una "arquitectura abierta" (sic), que permite ofrecer a sus clientes una mayor gama de IIC y, en consecuencia, un mejor potencial de rentabilidad. Señala que con este modelo se trataba de optimizar el servicio prestado aun cuando tuviera, como contrapartida, la estandarización de los procedimientos, estandarización que, en el momento en que se realizó la inspección, preveía la adquisición, por defecto, de la clase de acciones que menores requisitos de adquisición o acceso tuviesen, las denominadas acciones "retail", a fin de que todos los clientes tuviesen acceso a la misma IIC, lo que suponía que el sistema, en buena parte de los casos, condujera hacia las clases de acciones con mayores comisiones de gestión.

Para el enjuiciamiento de la cuestión no podemos olvidar que este sistema de gestión se aplicó de manera generalizada pues, de la muestra significativa utilizada en la inspección, esta actuación en favor de las acciones con mayores comisiones de gestión se producía en el 96% de los casos analizados en el ámbito del asesoramiento financiero y en el 79% de las posiciones de carteras gestionadas invertidas en IIC extranjeras, lo que conducía inexorablemente a un mayor coste para el cliente (tenía que soportar mayores comisiones) y a un mayor beneficio para BANIF que veía incrementados sus ingresos por retrocesión. Vistos los porcentajes señalados, el sistema que se dice por defecto resultaba ser el general y además tendencialmente dirigido a las acciones, que aun teniendo los mismos requisitos mínimos de acceso, conducían a mayores comisiones de gestión y por ende a un mayor coeficiente de retrocesión. Es por ello evidente que, aun en el sistema de "arquitectura abierta" como el defendido por la recurrente en demanda y con base a la pericial aportada, existían otras opciones más favorables en cuanto a acciones de la misma clase (iguales requisitos de acceso) con menores costes para los clientes en comisiones.

Las comisiones en general, y por tanto la comisión de gestión, disminuyen la rentabilidad para el partícipe de tal manera que cuando BANIF recomendaba/elegía, generalizadamente, la clase de acciones de IIC extranjeras con mayor porcentaje de comisión de gestión frente a otras clases disponibles, no solo disminuía indiscutiblemente la rentabilidad para el partícipe en un mayor grado (de ahí que no tenga relevancia el que finalmente, en la mayoría de los casos, hubiera habido beneficios para el partícipe ya que se está trabajando en la eventualidad de que estos deberían haber sido mayores), sino que también obtenía –gestión de cartera- o podía obtener –asesoramiento- mayores incentivos derivados de las retrocesiones aplicadas o a aplicar, ya que aun existiendo otras comisiones (suscripción/reembolso) de hecho no las repercutía por lo que éstas otras no constituían parámetros a valorar comparativamente en la recomendación/elección de la inversión.

Esto lo podemos apreciar claramente en los casos recogidos en la propia pericial de parte referentes a:

"Carm Egnac Patrimoine: el fondo cuenta con dos clases (A y E) para las que no se exige importe mínimo de inversión. Si bien la clase E, en la que invirtieron los clientes de Banco

*Banif soporta una comisión del 2%, frente al 1,5% de la clase A, esta última está potencialmente expuesta a una comisión de suscripción de hasta el 4% de lo invertido.
(...)*

Dexia Bonds Euro Short Term: dos clases de participaciones – las denominadas Classique y N- no exigían importe mínimo de inversión. Es de aplicación a la clase N una comisión de gestión del 0,89%, pero sin posibilidad de soportar comisión de suscripción en caso alguno; por el contrario las participaciones Classique, con una menor comisión de gestión (0,49%) estaban expuestas al riesgo de una comisión de suscripción de hasta el 2,5%.

B6F Euro Short Duration Bond: de modo similar a los anteriores, las clases con importe mínimo de suscripción más bajo (clases A y E/5.000 €) difieren en la comisión de gestión asociada (0,75% para la A y 1,25% para la E), pero también en la posible comisión de suscripción: superior para la clase "barata" (5%/ clase A) que para la "cara" (3%, clase E).

Amundi Funds Dynarbitrage Volatility: nuevamente se observa cómo la clase destinada al segmento "retail" (clase H, en este fondo) lleva asociada una comisión de gestión superior a la de la clase S (1,40% frente a 1/20%), diferencia que se ve compensada por el distinto impacto potencial que se derivaría de la imposición de una comisión de suscripción (máximo del 1% de la clase H frente al 3% de la clase S)." (Sic).

El argumento centrado en que la elección gravitaba en la posibilidad de la eventualidad de otras comisiones (suscripción/reembolso) que de hecho no se ha acreditado que BANIF las repercutiera a los clientes en ninguno de los casos. El propio perito en la ratificación de la pericial ha asumido esta discrecionalidad y ha manifestado desconocer si efectivamente se repercutieron, por lo que estas otras eventuales comisiones, por la propia mecánica operativa de la entidad en el tratamiento generalizado de las mismas, no constituían parámetros a valorar comparativamente en la recomendación/elección de la inversión. De hecho, esta operativa restaba atención al concreto del importe de la única comisión cierta, comisión de gestión, y estaba claramente dirigida a que los partícipes se orientaran hacia mayores comisiones de gestión/distribución que era donde estaba el interés/incentivo directo de BANIF, como tercero, ante la realidad o expectativa de un mayor porcentaje de retrocesión.

La Sala no llega a entender, en lo que interesa al caso examinado (elección generalizada de acciones, dentro de la misma clase, con mayores comisiones de gestión siendo que BANIF, en su condición de comercializador de los fondos, centraba su retribución en la retrocesión de un porcentaje de la comisión de gestión) en qué medida aumentaba la calidad del servicio prestado en el marco del art. 59 b) del Real Decreto 217/2008 esa estandarización en las ventajas de un sistema abierto o cómo venía a incidir positivamente en el principio general de actuar en el interés del cliente.

Ambos aspectos –calidad de servicio e interés del cliente- pueden reputarse como conceptos jurídicos indeterminados pero son susceptibles de concretarse mediante criterios lógicos, técnicos o de experiencia de cara a prever con suficiente seguridad las características de la conducta constitutiva de la acción típica y desde luego el interés del cliente participe en la inversión de fondos pasa porque obtenga la mayor ganancia

posible lo que es difícilmente conciliable con una generalización en la opción a favor de las acciones con las comisiones de gestión superiores. El modelo de gestión de "*arquitectura abierta*" como el empleado por BANIF, cuando pasa del modelo abstracto a lo concreto de su generalizada aplicación en las cifras expuestas y en las consecuencias económicas señaladas, vemos que difícilmente se justifica en la finalidad de promover el acceso a un mayor número de IIC y en un aumento de la calidad del servicio. Recordemos que el fenómeno se reproduce en tipologías de acciones de la misma clase –que no exigían importe mínimo de inversión o que tenían el mínimo de suscripción más bajo-. Por otro lado el carácter abierto no tenía por qué conducir, generalizadamente, al sobrecoste para el cliente y paralelamente un beneficio añadido para la entidad. Aun en el diseño de un modelo abierto nada justifica que dentro de las mismas clases de acciones, que tienen las mismas condiciones de acceso se elija, por sistema, las de mayor comisión.

Con base a todo lo anterior ha de confirmarse la tipificación de los hechos constatados.

QUINTO.- En cuanto a la culpabilidad no se cuestiona en la demanda, aunque si se hizo en vía administrativa, que la sanción, por subrogación, se imponga al BANCO SANTANDER, y entroncando con lo ya señalado en el fundamento jurídico antecedente, ya hemos visto que el modelo diseñado por BANIF que se ha pretendido justificar bajo el propósito, en abstracto, de que este modelo de gestión aumentara la expectativa de rentabilidad para sus clientes permitiendo el acceso a mayores clases de acciones y con ello aumentar la calidad del servicio, la aplicación práctica del modelo condujo a que, dentro de la muestra significativa analizada, el 96% de los clientes asesorados y el 79% de los gestionados por la Entidad adquiriesen clases de acciones con mayores comisiones aun cuando existían otras, en el mismo compartimento, de idénticas características, pero más económicas en comisiones ciertas, lo que por otro lado y curiosamente conducía a mayores retrocesiones para la entidad bancaria.

Además, no puede alegarse incertidumbre normativa ante el aplastante criterio lógico de que algo falla en lo que concierne al interés del cliente si mayoritariamente se le orienta hacia lo más costoso para él que, como derivada, siempre es más beneficioso para la entidad y sin olvidar que la Entidad, que es la que diseña el sistema, tenía los medios adecuados para detectar que el diseño de su modelo de gestión estaba ocasionando, en la práctica, de forma generalizada un sobrecoste para sus clientes, así como tenía la capacidad de evitarlo, como de hecho sucedió cuando, a raíz de la inspección realizada por la CNMV, el Banco, aun manteniendo el modelo de gestión de "*arquitectura abierta*", modificó su diseño para corregir el perjuicio que se estaba causando a los clientes. Ello evidencia que la cuestión no gravita en confrontar un sistema de arquitectura abierta con otro de arquitectura cerrada, ni en las consecuencias de una estandarización frente a una gestión personalizada, tal y como se ha defendido en la pericial de parte.

SEXTO.- Por último, en la demanda, y con carácter subsidiario, se cuestiona la proporcionalidad de la sanción impuesta sobre la base de que:

- a) Procede aplicar una circunstancia atenuante adicional como es que la entidad no tenía como finalidad obtener un beneficio propio.
- b) No procede apreciar la circunstancia agravante de la supuesta gravedad del perjuicio causado.

El **art. 131-3 de la LJR-PAC** dispone que: "*En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar:*

- a) *La existencia de intencionalidad o reiteración.*
- b) *La naturaleza de los perjuicios causados.*
- c) *La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme".*

El **art. 106 ter de la LMV**, tras la reforma introducida por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, recogía como criterios de graduación:

- a) La naturaleza y entidad de la infracción.
- b) La gravedad del peligro ocasionado o del perjuicio causado.
- c) Las ganancias obtenidas, en su caso, como consecuencia de los actos u omisiones constitutivos de la infracción.
- d) La importancia de la entidad correspondiente, medida en función del importe total de su balance.
- e) Las consecuencias desfavorables de los hechos para el Sistema Financiero o la Economía Nacional.
- f) La circunstancia de haber procedido a la subsanación de la infracción por propia iniciativa.
- g) La reparación de los daños o perjuicios causados.
- h) La colaboración con la Comisión Nacional del Mercado de Valores, siempre que la misma haya aportado elementos o datos relevantes para el esclarecimiento de los hechos investigados.
- i) En el caso de insuficiencia de recursos propios, las dificultades objetivas que puedan haber concurrido para alcanzar o mantener el nivel legalmente exigido.
- j) La conducta anterior de la entidad en relación con las normas de ordenación y disciplina que le afecten, atendiendo a las sanciones firmes que le hubieran sido impuestas, durante los últimos cinco años.

En cuanto al tipo de sanción a imponer y el punto de partida para su cálculo, el artículo **103 de la LMV**, en la redacción vigente a la fecha de comisión de la infracción, establecía:

"Por la comisión de infracciones graves se impondrá al infractor una o más de las siguientes sanciones:

- a) Multa por importe de hasta la mayor de las siguientes cifras: el doble del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción; el 2 por ciento de los recursos propios de la entidad infractora, el 2 por ciento de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción, o 300.000 euros.
- b) Suspensión o limitación del tipo o volumen de las operaciones o actividades que pueda realizar el infractor en los mercados de valores durante un plazo no superior a un año.
- c) Suspensión de la condición de miembro del mercado secundario oficial o del sistema multilateral de negociación correspondiente por plazo no superior a un año.
- d) Suspensión por plazo no superior a un año en el ejercicio del cargo de administración o dirección que ocupe el infractor en una entidad financiera. (...)."

Partiendo de que la recurrente no cuestiona que la sanción haya de ser la de multa sino su cuantía, como se puede ver la norma remite a "la cifra mayor" y la misma es la que resulta de aplicar el criterio del 2 % de los recursos propios de la entidad infractora, que es precisamente el criterio que aplica la resolución y que, por tanto, debe considerarse correcta en este punto. Así se recoge que: "(...) Siendo los recursos propios de la Entidad a 31 de diciembre de 2009, último ejercicio cerrado con anterioridad a la fecha de comisión de la infracción grave, de 424.933 miles de euros, la sanción a imponer podría ser de hasta 8.499 miles de euros". No habiéndose cuestionado las cifras antedichas ha de confirmarse el punto de partida para la imposición de la sanción.

En la imposición de la sanción, por la Administración se aprecian dos circunstancias atenuantes:

- haber procedido a la subsanación de la infracción por propia iniciativa, letra g) del artículo 106 ter), y
- no haber sido sancionado con anterioridad por incumplimiento de normas de ordenación y disciplina del mercado de valores letra j) del artículo 106 ter) y, una circunstancia agravante:
- la gravedad del perjuicio causado, letra b) del artículo 106 ter)

Con base a ellos se acuerda: "(...) imponer la multa dentro de sus parámetros menores en su tercio inferior, pero con una cierta relevancia económica, con el objeto de que la multa cumpla su finalidad de retribución de la conducta infractora y disuasoria de incumplimientos futuros, sin que ello afecte, sin embargo, a la estabilidad financiera de la ENTIDAD absorbente ni suponga, por razones de equidad, un desproporcionado perjuicio indirecto a los accionistas minoritarios de la misma, esto es, multa por importe de 2.000.000 de euros (...) la circunstancia de haber sido absorbida por su matriz, lejos de suponer una agravación de la responsabilidad o la imposición de una sanción más elevada que la que habría resultado de no haberse producido tal fusión con absorción, supone una circunstancia a tener en consideración para atemperar la sanción que se habría impuesto de no haberse producido tal operación corporativa." (Sic).

Se defiende en la demanda la procedencia de apreciar, en este caso, una circunstancia atenuante adicional centrada en que la finalidad de la actuación sancionada no era

obtener un beneficio propio con base al art 131 de la LRJ-PAC cuando remite a la existencia de *"intencionalidad o reiteración"* y a la letra a) del artículo 106 ter) de la LMV que remite a la *"naturaleza y entidad de la infracción"*, conceptos en los que, a criterio de la recurrente, cabe también incluir los elementos referentes al componente subjetivo de la infracción imputada: *"Estas circunstancias deben operar, según los casos, no solo como posibles agravantes, sino también como atenuantes. Si la infracción se realiza con una especial intencionalidad, procederá su apreciación como agravante. Pero si, como en el presente caso, existen hechos no discutidos que no solo descartan esa intención agravadora, sino que permiten considerar que en el caso concreto la actuación general de la entidad estaba presidida por una finalidad justificada y no perseguía un beneficio propio, debe proceder su apreciación como atenuante. Se estará, en ese caso, ante una circunstancia que no puede obviarse a la hora de graduar la posible sanción."* (Sic).

La Sala comparte plenamente el criterio de la resolución sancionadora cuando indica que: *"Por lo que se refiere a la "existencia de intencionalidad o reiteración", este criterio no puede más que entenderse como agravante o no aplicar. La intencionalidad o la reiteración de la conducta infractora requieren un especial ánimo del infractor que convierte su conducta en especialmente grave, motivo por el cual sólo podrá considerarse como circunstancia agravante o, en su defecto, no aplicarse."* (Sic).

Es evidente que la circunstancia mencionada en el art. 131 de la LRJ-PAC está remitiendo a un agravado animo infractor en relación al básico del tipo sancionado y en el caso de la *"naturaleza y entidad de la infracción"* mencionada en el art. 106 ter de la LMV remite a aspectos objetivos de la misma y no al especial propósito buscado, que, además, en el caso de autos no puede encubrir un sistema que en su diseño, imputable únicamente a la Entidad, no estaba tendencialmente ordenado, en su generalidad aplastante, a buscar el interés óptimo del cliente con el añadido que ello implicaba correlativamente un mayor beneficio para BANIF, aunque, supuestamente, no lo buscara como propósito primero de su acción.

En cuanto a la circunstancia agravante citada en la Resolución impugnada se cuestiona a que la misma se construya con base a meras estimaciones.

En la resolución recurrida se indica como la agravación no se establece con base al beneficio sino en relación al perjuicio y se indica, en cuanto a la gravedad del perjuicio causado, que: *"En el presente supuesto, a efectos de aplicar el señalado criterio como criterio de dosimetría punitiva ha quedado debidamente acreditada la existencia de perjuicio y, en cuanto a su valoración aproximada, a efectos de considerarlo agravante o atenuante, ha quedado igualmente acreditado que este ascendió a, aproximadamente, unos 3 millones de euros para los clientes asesorados y a unos 4 millones para los gestionados. Obviamente, un perjuicio global aproximado de 7 millones de euros reúne, por su relevancia, las características necesarias para ser considerado de gravedad."* (Sic)

Una cosa es que el perjuicio en su cálculo se construya sobre estimaciones y otra es que sea meramente hipotético en cuanto a su existencia y la relevancia de su cuantía. Como ya se indicó por la Administración la valoración exacta del perjuicio causado era prácticamente imposible, puesto que dependía de gran cantidad de factores -incluso

subjetivos- y concretamente en este caso exigía analizar la situación diversa de cada cliente afectado, que dependía, entre otros factores, de las condiciones económicas concretas de cada clase de acción, del tiempo que se hubiera mantenido el patrimonio gestionado o asesorado en cada clase y de la evolución del valor de mercado del patrimonio gestionado o asesorado durante el periodo de tiempo analizado.

Por otro lado sobre la base indiscutible de perjuicio para el cliente la resolución desarrolla su cálculo aun por estimación con base a criterios razonados y razonables que no han sido especialmente rebatidos en su concreto cálculo y parámetros base:

“Estimación del posible impacto negativo causado a clientes.

La estimación exacta del impacto negativo materializado resulta compleja, ya que exigiría analizar la situación diversa de cada cliente, que depende, entre otros factores, de las condiciones económicas concretas de cada clase de acción; del tiempo que se haya mantenido el patrimonio gestionado o asesorado en cada clase y de la evolución del valor de mercado del patrimonio gestionado o asesorado durante el periodo de tiempo analizado.

No obstante lo anterior y a efectos meramente orientativos, el posible impacto negativo causado a los clientes por el mantenimiento de posiciones en IIC extranjeras con mayores comisiones durante un año, puede estimarse globalmente tomando como referencia las siguientes consideraciones: a) la posición gestionada o el importe comprado en el ámbito del asesoramiento ha mantenido su distribución y valoración inalterada durante todo un año; b) no se han producido aportaciones ni retiradas del patrimonio invertido en el año; c) cada cartera gestionada o compra asesorada tiene el mismo importe invertido en IIC extranjeras durante todo el año; d) el exceso de comisión de gestión en todos los compartimentos y clases de acciones se corresponde con el medio calculado en base a la muestra analizada en el curso de la inspección.

En base a lo anteriormente expuesto, se estima a continuación el posible impacto negativo causado a clientes:

Operaciones en ámbito del asesoramiento en materia de inversión. El importe total de operaciones de compra o traspaso de entrada de clientes minoristas ejecutadas durante el periodo de 8 meses analizado sobre IIC extranjeras fue de 1.044 millones de €.

Los 4 compartimentos analizados en detalle agruparon, aproximadamente, el 150,6 del importe total de compras y traspasos de entrada de minoristas durante el periodo analizado. Para dicha muestra se observó que, aproximadamente el 39% del importe de compras y traspasos de entrada de minoristas ejecutados eran operaciones asesoradas por la Entidad y, de estas últimas, el 96 % se realizó sobre las clases de acciones con mayores comisiones de gestión. Adicionalmente para estos cuatro compartimentos el promedio lineal del exceso de comisiones de gestión en las clases con mayores comisiones era del 0,75% anual.

Si se extrapolasen los resultados de la muestra analizada al total de operaciones ejecutadas, para un total de 1.044 millones de € de compras y traspasos de entrada de minoristas, aproximadamente 403 millones de € (39 %) correspondería a operaciones asesoradas y de

ellas 388 millones de € (96 %) corresponderían a compras sobre las clases con mayores comisiones de gestión. Si a dicha estimación se le aplicase el porcentaje promedio lineal de exceso de comisión observado en los cuatro compartimentos analizados (0,75% anual) y aceptando las consideraciones indicadas al inicio de este apartado, el importe total del exceso de comisiones soportadas por clientes asesorados ascendería, en un año a, aproximadamente, 3 millones de € (388 millones de € x 0,75 %). Durante el periodo analizado se realizaron, aproximadamente 19 mil operaciones de compra y traspaso de entrada de minoristas (un 39 % de las cuales habrían estado asesoradas), lo que supone un importe promedio por operación de 55 mll. € y un extracoste anual, por operación de aproximadamente 400 €, siempre que el cliente hubiese mantenido la posición 1 año (55 mll. € x 0,75 %).

Si, aceptando las premisas indicadas al inicio de este apartado, al importe del exceso de comisiones estimado (3 millones de €) se le aplicase el promedio lineal de porcentaje de retrocesión de la comisión de gestión percibido por la Entidad en los 4 compartimentos analizados (54%), el importe de las retrocesiones percibidas correspondiente a dicho exceso de comisiones ascendería, en un año a, aproximadamente, 1,6 millones de €.

Posiciones en carteras gestionadas discrecionalmente. El importe total del patrimonio gestionado a 31 de agosto de 2010 era 2,331 millones de €. De ellos 1.295 millones estaban invertidos en IIC extranjeras (56% del total). De acuerdo a la estimación realizada el 79% de la posición gestionada invertida en IIC extranjeras estaba invertida en clases de acciones con comisiones de gestión más elevadas.

Se analizaron en detalle 5 compartimentos de IIC extranjeras que agrupaban aproximadamente el 60% del importe total invertido en IIC extranjeras. Para los 5 compartimentos analizados el promedio lineal de exceso de comisiones de gestión de las clases con mayores comisiones era del 0,43% anual.

Si se extrapolasen los resultados de la muestra analizada al total de patrimonio gestionado, del total de 2.331 millones de € gestionados, aproximadamente 1.295 millones de € (56%) correspondería a patrimonio en IIC extranjeras, y de este último 1,018 millones de € (79 %) estaba invertido en las clases con mayores comisiones de gestión. Si a dicha estimación se le aplicase el porcentaje promedio lineal de exceso de comisión observado en los cinco compartimentos analizados (0,43 % anual) y aceptando las consideraciones indicadas al inicio de este apartado, el importe total del exceso de comisiones soportadas por clientes gestionados ascendería en un año a, aproximadamente, 4 millones de € (1018 millones de € x 0,43 %). Durante el periodo analizado había, aproximadamente, 6 mil carteras gestionadas, lo que supone un patrimonio promedio por cartera de 377 mil €. En promedio, el patrimonio invertido en clases de acciones con comisiones de gestión superiores ascendería aproximadamente a 164 mil € (377 miles de € x 56% x 79 %), con un extra coste anual por cartera de aproximadamente 700 €, siempre que se mantuviese la posición un año (164 mil € x 0,43 %).

Si, aceptando las premisas Indicadas al Inicio de este apartado, al importe del exceso de comisiones estimado (4 millones de €) se le aplicase el promedio lineal de porcentaje de retrocesión de la comisión de gestión percibido por la Entidad en los 4 compartimentos

analizados en el ámbito del asesoramiento (54 %) - ya que no se dispone de este dato para los compartimentos analizados en el ámbito de la gestión, el importe de las retrocesiones percibidas correspondiente a dicho exceso de comisiones ascendería, en un año a, aproximadamente, 2 millones de €". (Sic)

Además, la cuantía total así estimada del perjuicio causado a los clientes (7 millones de € anuales) si se lleva al concreto periodo de infracción de 8 meses arroja la cifra de 4,6 millones de € con lo que la cuantía de la sanción sigue siendo notoriamente inferior a esta cifra.

Por todo ello el recurso ha de desestimarse.

SÉPTIMO.- De conformidad con el art. 139-1 de la LRJCA de 13 de julio de 1998, en la redacción posterior a la reforma operada por la Ley 37/2011 de 10 de octubre, en materia de costas rige el principio del vencimiento de tal manera que las costas se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones sin que sea apreciar que el caso presentara serias dudas de hecho o de derecho.

FALLO

En atención a lo expuesto la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de **BANCO SANTANDER, S.A.** contra la resolución del Ministerio de Justicia a que las presentes actuaciones se contraen, y **confirmar** la resolución impugnada por su **conformidad** a Derecho.

Con imposición de costas al recurrente.

Atendiendo a la reforma operada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, la presente es susceptible de **RECURSO DE CASACIÓN** que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de **TREINTA DÍAS** a contar desde el siguiente al de la notificación y que podrá ser admitido a trámite si presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en los términos que se determinan en el art. 88 de la LJCA, lo que habrá de fundamentarse específicamente, con singular referencia al caso, en el escrito de preparación que, además, deberá cumplir con los requisitos que al efecto marca el art. 89 de la LJCA y cumplir con las especificaciones que al efecto se recogen en el Acuerdo de 19 de mayo de 2016, del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo (BOE 6-7-2016).

Al notificarse la presente sentencia se hará la indicación de recursos que previene el art. 248.4 de la ley orgánica 6/1985, de 1 de junio del Poder Judicial y se indicará la necesidad de constituir el depósito para recurrir así como la forma de efectuarlo de conformidad con la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ introducida por la LO 1/2009 (la exigencia de este depósito es compatible con el devengo de la tasa exigida por la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, en vigor desde el 22 de dicho mes y año).

Así por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales, junto con el expediente administrativo, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.