

AUTO TRIBUNAL SUPREMO DE 8 DE MAYO DE 2020

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera

Recurso n°: 7391/2019
Ponente: D. Fernando Román García
Acto impugnado: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, de 13 de septiembre de 2019.
Fallo: Inadmisión

En Madrid, a 8 de mayo de 2020.

HECHOS

PRIMERO.- La representación procesal de la entidad Popular Banca Privada, S.A., interpuso recurso ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional contra la resolución del Subsecretario de Economía y Competitividad, por delegación del Ministro de Economía y Competitividad, de 12 de septiembre de 2016, por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra la orden del Ministro de Economía y Competitividad, de 5 de junio de 2015, por la que se le impusieron dos sanciones consistentes en multas por importes de 600.000 y 300.000 euros por la comisión de dos infracciones muy graves tipificadas en el artículo 99.z bis) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LMV).

En concreto, dichas infracciones consistieron en el incumplimiento, por una parte, del deber de actuar con transparencia y diligencia y en interés de sus clientes, al cobrar comisiones no previstas en la normativa; y, por otra parte, por la asignación inadecuada de la calificación de *idoneidad* de clientes minoristas en relación con la compra de productos financieros complejos (al presentar deficiencias metodológicas los cuestionarios de idoneidad y realizar recomendaciones de compra a clientes que carecían de conocimientos y experiencia inversora).

SEGUNDO.- Tramitado el recurso con el n.º 790/2016, la Sección Tercera del citado órgano jurisdiccional dictó sentencia en fecha 13 de septiembre de 2019 desestimando el recurso interpuesto.

La Sala de instancia descarta, en primer lugar, la alegada caducidad del procedimiento sancionador, señalando que la petición del informe del Banco de España puede ser calificada de determinante y justificar la suspensión del plazo de duración del procedimiento; pues, a priori, *«ese informe dada la falta de predeterminación normativa de su contenido podía tener una influencia potencial en el sentido de la resolución que pone fin al procedimiento y por tanto potencialmente podía haber sido determinante. De ello deriva que pueda atribuírsele efecto suspensivo (...)»*.

Por lo que atañe a la comercialización de clases IIC extranjeras con comisiones no previstas normativamente y consecuente infracción de transparencia, la sentencia recurrida desestima las alegaciones de la recurrente señalando que la sanción no se impone por el hecho de que se haya optado por un sistema de retribución en el que se reciba por la actividad de asesoramiento o gestión de una cartera una retrocesión consistente en un porcentaje de las comisiones de gestión y/o distribución aplicadas a determinadas inversiones, sino por el hecho de que las clases de acciones IIC extranjeras en las que se concretaban las inversiones soportaban un exceso de comisión de gestión. Y la información que se deba sobre estos incentivos no era clara y completa, y ello supone el incumplimiento de lo previsto en el reglamento al respecto, puesto que la recurrente tampoco justificó un aumento de la calidad del servicio.

Por lo que atañe a la segunda de las infracciones, relativa a las recomendaciones de compra de instrumentos financieros complejos, con asignación inadecuada del resultado de *idóneo*, la Sala de instancia parte del tenor de la obligación impuesta por el citado artículo 79.6 bis LMV cuyo contenido debe completarse con las previsiones del artículo 74 del RD 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, que especifica los datos que deben considerarse en relación con los conocimientos y experiencia previa de los clientes para evaluar la idoneidad.

Precisa, a continuación, que lo imputado a la entidad recurrente no es la ausencia de realización del test de idoneidad, sino sus deficiencias metodológicas (estructura y algoritmo); pues la información recabada resultaba o bien insuficiente, o bien sesgada al aplicar el método de valoración, lo que resultaba en que el nivel de riesgo de la recomendación no se adecuara al objetivo de la inversión del cliente.

Sobre la citada infracción, la Sala de instancia desestima las alegaciones sobre la quiebra de los principios de tipicidad y legalidad. Desde esta perspectiva trae a colación la STS de 28 de marzo de 2018 (RC 2891/2015) razonando que en ella se ha confirmado *«el criterio de esta Sala en el que se considera que la remisión del artículo 99 z bis) LMV al artículo 79 bis LMV incluye también las normas de desarrollo del mismo, formando un bloque normativo. Solo añadir que hay que tener en cuenta que el artículo 74 del Real Decreto RD 217/2008 completa, tal como indica su exposición de motivos, la transposición de la normativa europea iniciada con la reforma introducida en la Ley 24/1988 por la Ley 47/2007, que sólo recogió de forma limitada lo establecido en dicha Directiva»*; en particular, recogiendo la información que se especifica en el artículo 37 de la citada Directiva.

En relación con lo anterior añade que la información a que hace referencia el artículo 74 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, no necesariamente debe obtenerse del test de idoneidad, ya que puede obtenerse internamente, de la que ya disponga la entidad -tal como establece la Guía de actuación para el análisis de la conveniencia e idoneidad elaborada por la CNMV de 17 de junio de 2010-.

Concluye la Sala, en definitiva, que, si bien es cierto que *«el artículo 79 bis 6 no establece que la evaluación sea siempre adecuada e infalible, sí que exige que la metodología empleada permita evaluar de forma razonable la conveniencia determinando si el producto es adecuado, dado que la finalidad de la obligación establecida en la norma es que el resultado de ese test sea razonablemente fiable. No se trata sólo de preguntar al cliente sobre unas determinadas cuestiones, sino procesar esa información aplicando un método que permita evaluar de forma adecuada si el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios respecto al tipo concreto de producto ofrecido»*.

A lo anterior no obsta el hecho de que, en efecto, no existe un modelo de test de conveniencia -aunque exista una Guía de actuación para la evaluación de la conveniencia y la idoneidad-, pues lo detectado es una deficiencia metodológica que permitía clasificar a clientes un nivel alto de experiencia inversora aun concurriendo simultáneamente dos circunstancias -falta de experiencia profesional en el mercado de valores y no haber operado previamente con productos financieros con naturaleza y

riesgo similares a los analizados- que, en su caso, debían haber dado lugar a la realización de las advertencias previas oportunas por la entidad.

La sentencia desestima, por último, las alegaciones relativas a la graduación de la sanción, rechazando la comparación propuesta por la recurrente con otros casos precedentes y delimitando el significado en la gravedad del perjuicio causado, de la reparación de daños y perjuicios y de la subsanación por propia iniciativa de la entidad.

TERCERO.- La procuradora D.^a MBR, en nombre y representación de Banco Santander, S.A. -en calidad de sucesora de Banco Popular de España, S.A., a la que ha absorbido- ha preparado recurso de casación contra la citada sentencia denunciando la infracción del principio de tipicidad consagrado en los artículos 9.3 y 25.1 CE y en el artículo 129 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en relación con los artículos 79 bis 6 y 99.z.bis LMV y el artículo 74 del Real Decreto 217/2018, de 15 de febrero.

Entiende la recurrente que la infracción se habría producido por entender la sentencia que la recurrente ha de ser sancionada, con arreglo al artículo 99.z bis de la LMV, por la infracción conjunta del artículo 79 bis LMV y del artículo 74 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, como bloque normativo, lo que infringe el principio de seguridad jurídica y el principio de legalidad sancionadora contenido en los citados preceptos.

El citado artículo 79 bis, apartado 6 de la LMV dispone que *«cuando se presten servicios distintos de los previstos en el apartado anterior, la empresa de servicios de inversión deberá solicitar al cliente, incluido en su caso los clientes potenciales, que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado»*, entendiendo la sentencia recurrida que ello debe ser complementado, a los efectos de la delimitación del contenido de la obligación que impone, con las previsiones contenidas en el artículo 74 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero. La sentencia recurrida, en fin, delimita el bloque normativo sin criterio o parámetro alguno marcado por el legislador, ni por el titular de la potestad reglamentaria, lo que contraviene los mencionados principios.

Por lo que concierne al interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia del recurso, la parte actora invoca la presunción prevista en el artículo 88.3.a) LJCA precisando que, si bien es cierto que existe jurisprudencia reiterada sobre el alcance del principio de legalidad consagrado en el artículo 25 CE y la posible colaboración reglamentaria, *«no existe jurisprudencia que interprete y aplique el contenido y alcance de la remisión que realiza el artículo 99 z) bis al artículo 79 bis de la LMV, y en particular, que enjuicie si esta remisión comprende, a su vez, el desarrollo de las obligaciones establecidas en el artículo 79 bis de la LMV por una norma reglamentaria a la que no se remite directa ni indirectamente, expresa ni tácitamente el artículo 99 z) bis de la LMV, precepto de tipifica la infracción, y que no se dicta en desarrollo de los tipos sancionadores comprendidos en él»*.

Añade que la sentencia recurrida alude a la STS de 23 de marzo de 2018 sosteniendo erróneamente que confirma la interpretación de la Sala acerca del bloque normativo. Sin embargo, la existencia de una sola sentencia no constituye jurisprudencia a efectos de lo dispuesto en el artículo 6.1 del Código Civil, tal como se reconoce en el ATS de 5 de

diciembre de 2017 (RCA 2717/2017); y, además, la citada STS resuelve una que difiere notablemente de la que se plantea en este caso. Así, argumenta la recurrente, en aquella STS no se enjuició la adecuación a las exigencias del principio de legalidad consagrado en el artículo 25 de la CE de la integración en el tipo descrito por el artículo 99 z) bis de la LMV de disposiciones reglamentarias ajenas al desarrollo del tipo sancionador, como son las contenidas en el artículo 74 del RD 217/2008, sino que se limitó a entender que en ese concreto supuesto la recurrente no cumplió sus obligaciones de información previstas en el artículo 99 a) Bis en su aspecto formal o sustantivo.

Invoca, asimismo, el supuesto de interés casacional objetivo previsto en el artículo 88.2.e) LJCA pues, alega la actora, la sentencia recurrida ha aplicado con manifiesto error la doctrina constitucional sobre el principio de legalidad en su vertiente formal y material; en particular, en relación con la predeterminación normativa y el necesario grado de certeza, debiéndose identificar por la Administración el fundamento legal de la sanción impuesta en la resolución sancionadora. De otro lado, la vertiente formal exige que, aun siendo posible la colaboración reglamentaria, la ley contenga los elementos esenciales de la conducta antijurídica y el reglamento el desarrollo y precisión de los tipos de infracciones previstos por la ley.

La sentencia, sin embargo, entiende erróneamente y con infracción de la doctrina constitucional referida que *«La colaboración reglamentaria en el desarrollo de los tipos sancionadores puede realizarse mediante la conformación de un "bloque normativo" compuesto por la propia norma sancionadora, la norma legal que contiene las obligaciones y deberes cuya infracción configura la infracción y el desarrollo reglamentario no del tipo sancionador, sino de la norma legal que complementa el tipo sancionador, a la que no se remiten ni la norma sancionadora ni la norma legal que la complementa»*. Y esta infracción, continúa argumentado la parte actora, es la que sustenta la decisión alcanzada en la sentencia.

Alega, también, la concurrencia de los supuestos de interés casacional objetivo previstos los apartados b) y c) del artículo 88.2 LJCA, al entender que la doctrina sentada en la sentencia recurrida es gravemente dañosa por cuanto la correcta aplicación de las garantías constitucionales atañe directamente al interés general y porque la decisión contenida en la sentencia acuña el concepto de bloque normativo, lo que lleva aparejado la consolidación y expansión de esta errónea doctrina contraria al artículo 25 CE.

Por último, considera que en todo caso lo suscitado puede enmarcarse dentro de las otras circunstancias de interés casacional objetivo a que alude el artículo 88. 2 LJCA -que no contiene un listado exhaustivo- alegando que conviene un pronunciamiento del Tribunal Supremo a fin de establecer un criterio acerca de la tipificación por remisión y las condiciones en que dicha tipificación se adaptan a las garantías del principio de legalidad.

CUARTO.- La Sala de instancia tuvo por preparado el recurso por auto de 4 de noviembre de 2019, 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 Banco Santander, S.A., representada por la Procuradora de los Tribunales D.^a MBR, en concepto de parte recurrente; y, en calidad de parte recurrida, el Abogado del Estado quien manifiesta su oposición a la admisión del presente recurso.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Fernando Román García, Magistrado de la Sala.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La sentencia recurrida en casación desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra las resoluciones del Ministerio de Economía y Competitividad que impusieron a la entidad recurrente dos sanciones: la primera, por vulneración del deber de actuar con transparencia y diligencia y en interés de sus clientes, al haber percibido comisiones contrarias a la normativa aplicable; y, la segunda, por incumplimiento, al menos durante el periodo comprendido entre 1 de junio y 30 de noviembre de 2011, de lo establecido en el artículo 79 bis, apartados 5, 6 y 7, de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (que dispone las obligaciones de información) en relación con la recomendación a clientes de instrumentos financieros no adecuados a sus objetivos de inversión o a su experiencia y conocimientos.

El recurso de casación preparado se limita a la segunda de las sanciones impuestas, alegando la vulneración del principio de legalidad del artículo 25 CE como consecuencia de la interpretación que la sentencia recurrida ha realizado del artículo 79.bis LMV y del artículo 74 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero en relación con el artículo 99.z.bis LMV.

SEGUNDO.- La cuestión suscitada en este recurso es sustancialmente idéntica a la planteada en el RCA 4361/2019 -en relación con la pretendida infracción del principio de tipicidad en relación con el artículo 79.bis 7 LMV- cuya inadmisión acordó esta Sección Primera en ATS de 7 de noviembre de 2019; y a idéntica conclusión debemos llegar en este caso.

Conviene advertir, en primer lugar, que en aquel caso la recurrente argumentó por qué la cuestión que suscitaba en relación con los preceptos de la ya derogada Ley de Mercado de Valores de 1998 seguía manteniendo un eventual interés -por haberse reproducido en el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores ahora vigente, el contenido de los preceptos concernidos (artículo 214 TRLMV)-; argumentación que no ha realizado en su recurso la recurrente, si bien la Sección Primera ha constatado el carácter idéntico de la redacción de los preceptos afectados.

En segundo lugar, por lo que concierne al contenido del recurso, conviene recordar que en el citado ATS de 7 de noviembre de 2019, a cuyos razonamientos jurídicos nos remitimos, pusimos de manifiesto que lo suscitado carecía manifiestamente de interés casacional para la formación de jurisprudencia pues no se requería del ejercicio de la función nomofiláctica o de la función uniformadora de jurisprudencia propia del nuevo recurso de casación, siendo lo materialmente reclamado la corrección de la conclusión

(aplicación) a que ha llegado la sentencia. Esto es, como también ocurre en este caso, el recurso de casación se reduce a la plasmación de una discrepancia de orden casuístico en relación con la infracción que se le imputa y la sanción que se le impone, existiendo abundante jurisprudencia sobre el principio de legalidad sancionadora (en su vertiente formal y material) y la eventual colaboración reglamentaria, cuya concreta aplicación es la que se discute en este caso.

En efecto, no se plantean en el recurso cuestiones de orden general como la resuelta en la STS de 29 de mayo de 2019 (RCA 1857/2018) referida al carácter permanente o instantáneo de la infracción consistente en omisión del deber de remitir información, o la abordada en la STS de 13 de marzo de 2019 (RCA 635/2018) relativa a transmisión de responsabilidad entre personas jurídicas al tiempo de imponer la sanción. Lo que se discute, bajo la apariencia de una cuestión jurídica general (sobre la pretendida concepción de bloque normativo de la que parte la sentencia y el principio de legalidad sancionadora) es, reiteramos, una discrepancia con la sanción impuesta con base en el artículo 99.z bis) LMV de 1998 que califica como infracción muy grave *«La falta de medidas o políticas de gestión de conflictos de interés o su inaplicación, no ocasional o aislada, por parte de quienes presten servicios de inversión o, en su caso, por los grupos o conglomerados financieros en los que se integren las empresas de servicios de inversión, así como el incumplimiento de las obligaciones previstas en los artículos 79, 79 bis de esta Ley o la falta de registro de contratos regulado en el artículo 79 ter»*, disponiendo el citado artículo 79. Bis las obligaciones de información que deben atender dichas entidades, cuyos objetivos y métodos se concretan reglamentariamente.

En el sentido apuntado, tal como se recoge en el citado ATS de 7 de noviembre de 2019, nos pronunciamos en nuestra STS de 23 de marzo de 2018 (RC 2891/2015) sobre la deficiente evaluación de la conveniencia de determinadas operaciones, poniendo de manifiesto que *«La propia sentencia recurrida destaca que el artículo 79 bis.7 LMV es muy claro cuando impone a la entidad financiera la obligación de recabar de sus clientes información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido "con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente"; y, además, el precepto establece los efectos en caso de que el cliente no facilite tal información que se concretan en una advertencia al inversor sobre la falta de idoneidad de la operación. Existía por tanto la obligación, por imperativo legal, sin perjuicio de que posteriormente, el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, estableció un determinado procedimiento para llevar a cabo esta evaluación de la conveniencia»*. En esa misma línea -en relación con la obligación de recabar información de los clientes con arreglo a unos criterios homogéneos y los principios de legalidad, tipicidad, y taxatividad- y, por citar otro ejemplo, también nos pronunciamos en la STS de 23 de marzo de 2018 (RC 2891/2015).

TERCERO.- Procede, por tanto, declarar la inadmisión del recurso; y, de conformidad con lo previsto en el artículo 90.8 de la LJCA, ello comporta la imposición de las costas a la parte recurrente, si bien, 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, más el IVA correspondiente, si procediere.

La Sección de Admisión acuerda:

Declarar la inadmisión del recurso de casación n.º 7391/2019 preparado por la representación procesal de Banco Santander, S.A. (en calidad de entidad sucesora de Banco Popular S.A.) contra la sentencia de 13 de septiembre de 2019, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso n.º 790/2016, 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. Por causa del confinamiento sanitario, los Excmos. Sres. Magistrados estuvieron en Sala y no pudieron firmar, firma en su lugar el Presidente de la Sala Tercera.