

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 5 DE JUNIO DE 2020

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª

Recurso nº.: 610/2017
Ponente: Dª. Lucía Acín Aguado
Acto impugnado: Resolución del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad de 7 de septiembre de 2017 que confirma en alzada la resolución del Consejo de la CNMV de 15 de julio de 2016.
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a cinco de junio de dos mil veinte.

Visto el recurso contencioso administrativo nº 610/2017 que ante esta Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha interpuesto **BANCO DE SABADELL, S.A** representado por la Procuradora de los Tribunales Dña. BGP y asistida de la letrada D^a. CVO contra la resolución del Ministro de Economía, Industria y Competitividad de 7 de septiembre de 2016 por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 15 de julio de 2016, por la que se impuso a Banco de Sabadell una sanción consistente en multa de 1.000.000 euros por la comisión de una infracción muy grave de la Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores. La Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado. La cuantía del recurso es de un millón de euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO: El 2 de octubre de 2017 la representación procesal de la parte actora interpuso recurso contencioso-administrativo contra el acto indicado en el encabezamiento de esta sentencia ante esta Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional. Se turnó a la sección tercera donde fue admitido a trámite, reclamándose el expediente administrativo. Presentada demanda el 1 de diciembre de 2017, la parte solicitó que se dicte sentencia estimando el recurso y declare nula o no ser ajustada a Derecho la resolución de fecha 7 de septiembre de 2017, anulando igualmente la resolución de 18 de julio de 2016, todo ello con imposición de costas a la Administración demandada.

Se emplazó al Abogado del Estado, que contestó a la demanda mediante escrito de 15 de febrero de 2018 en el que solicitó dicte sentencia desestimando el mismo y declarando la conformidad a Derecho de la resolución recurrida, con imposición de costas a la parte actora. Recibido el recurso a prueba y presentadas conclusiones quedaron, el 9 de abril de 2018, los autos pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que se efectuó para el 3 de marzo de 2020.

VISTOS los artículos legales citados por las partes y demás de general y pertinente aplicación, y siendo Ponente Doña Lucía Acín Aguado, Magistrada de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El acto recurrido es la resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 15 de julio de 2016 por la que se impuso a Banco de Sabadell una sanción consistente en multa de 1.000.000 de euros por la comisión de una infracción muy grave del artículo 99.z bis) de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores (en adelante LMV), así como la resolución del Ministro de Economía y Competitividad por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto frente a aquélla.

Con carácter previo a pronunciarse sobre las alegaciones de la parte procede reseñar de forma breve:

- 1) Conducta que se sanciona.
- 2) Calificación jurídica.
- 3) Sanción impuesta.

1. Conducta que se sanciona.

El hecho por el que se sanciona es por existencia de deficiencias significativas en la comercialización de fondos clónicos y clases de IIC extranjeras en el semestre comprendido entre el 1 de septiembre de 2013 al 28 de febrero de 2014. En concreto la inclusión, tanto en las carteras gestionadas como en las carteras asesoradas de clientes, de clases de acciones de IIC extranjeras y fondos clónicos con comisiones más elevadas que aquellas a las que hubiera podido acceder el cliente atendiendo a las condiciones objetivas establecidas en el folleto de dichas IIC.

La resolución de la CNMV en el hecho probado tercero detalla los hechos constitutivos de infracción señalando que a 28 de febrero de 2014 las posiciones de carteras en fondos clónicos gestionados por el grupo ascendían a 184 millones de euros (8.597 carteras) y las invertidas en IIC extranjeras a 712 millones euros (3.118 carteras). Por otra parte, las posiciones asesoradas para clientes minoristas invertidas en fondos clónicos ascendían a 417 millones de euros (2.467 clientes) y las invertidas en IIC extranjeras a 523 millones (1.663 clientes).

1) De la totalidad de carteras gestionadas con posiciones en fondos clónicos (8.597 carteras con posiciones en dichos fondos por importe de 184 millones euros) se identificaron 1.281 carteras que podrían haber accedido a otros fondos clónicos con mejores condiciones económicas que aquéllos en que estaban posicionadas (lo que supone un porcentaje de incidencia del 15%) por importe de 23 millones de euros (lo que supone un porcentaje de incidencia del 12%). Se ha estimado el exceso comisiones soportadas por estos clientes en 118.000 euros (agregado de comisiones de gestión y depósito) en el caso de que la posición se hubiese mantenido inalterada durante un año. De este importe (exceso de comisiones soportadas) la Entidad habría percibido 95.000 euros en concepto de retrocesión de comisiones gestión (lo que supone un 82% anual).

2) De una muestra de las carteras gestionadas con posiciones en IIC extranjeras (muestra de 26 compartimentos de IIE extranjeras; 1.546 carteras con posiciones en dichos compartimentos por importe 409 millones de euros) se identificaron 232 carteras que podrían haber accedido a otras clases de acciones del mismo compartimento con mejores condiciones económicas que aquéllas en que estaban posicionadas (lo que supone un porcentaje de incidencia 15%), por importe 66 millones de euros (lo que supone un porcentaje de incidencia del 16%). Se ha estimado el exceso comisiones soportadas por estos clientes en 421.000 euros para el volumen de la inversión muestreada (57%), en el caso de que la posición se hubiese mantenido inalterada durante un año. De este importe, la Entidad habría percibido 226.000 de euros en concepto de retrocesión de comisiones (lo que supone un 54% anual).

3) De la totalidad de clientes asesorados con posiciones en fondos clónicos (2.467 clientes con posiciones en dichos fondos por importe de 147 millones euros) se identificaron 675 carteras que podrían haber accedido a otros fondos clónicos con mejores condiciones económicas que aquéllos en que estaban posicionadas (lo que supone un porcentaje de incidencia del 27%) por importe de 94 millones de euros (lo que supone un porcentaje de incidencia del 22%). Se ha estimado el exceso comisiones soportadas por estos clientes en 415.000 euros (agregado de comisiones de gestión y depósito) en el caso de que la posición se hubiese mantenido inalterada durante un año. De este importe (exceso de comisiones soportadas) la Entidad habría percibido 330.000 euros en concepto de retrocesión de comisiones gestión (lo que supone un 82% anual).

4) De una muestra de las clientes asesorados con posiciones en una muestra IIC extranjeras (muestra de 26 compartimentos de IIE extranjeras; 1.217 clientes con posiciones en dichos compartimentos por importe de 193 millones de euros) se identificaron 571 clientes que podrían haber accedido a otras clases de acciones del mismo compartimento con mejores condiciones económicas que aquéllas en que estaban posicionadas (lo que supone un porcentaje de incidencia 47%), por importe de 82 millones de euros (lo que supone un porcentaje de incidencia del 41%). Se ha estimado el exceso comisiones soportadas por estos clientes en 543 miles de euros para el volumen de la inversión muestreado (38%), en el caso de que la posición se hubiese mantenido inalterada durante un año. De este importe la Entidad habría percibido 310.000 euros en concepto de retrocesión de comisiones (lo que supone un 57% anual).

2. Calificación jurídica.

Considera la CNMV que la entidad, al incluir en carteras gestionadas de los clientes y asesorar a éstos la adquisición clases de acciones extranjeras y de fondos clónicos con mayores comisiones gestión y/o distribución otras disponibles en el mismo compartimento (o no asesorar el traspaso de las posiciones invertidas en aquellas a otras disponibles con mejores condiciones en el mismo compartimento), no actuó en el óptimo de sus clientes, percibiendo por tanto, como consecuencia de dicha actuación, incentivos e incumpliendo de forma no aislada ni puntual, el artículo 79 de la LMV y el artículo 59.b) epígrafe ii) del RD 217/2008.

Los clientes habrían soportado indebidamente un mayor coste en sus inversiones (por un exceso comisiones soportadas) por un importe global 1,5 millones de euros, aproximadamente; y el Banco habría percibido o ingresado unos incentivos irregularmente, por un importe de 960.000 euros, aproximadamente.

La infracción se califica como muy grave prevista en el artículo 99 letra z bis de la LMV (con el mismo contenido el artículo 284.1 TRLMV) al considerar la CNMV que el incumplimiento no es ni puntual, ni aislado u ocasional dado que el número de clientes afectados es plural y significativo sobre el total de clientes de éste, como resulta de los relevantes porcentajes de incidencias reseñadas en los hechos lo que a su vez pone de manifiesto que éstas se habrían derivado causas estructurales en la Entidad y no coyunturales, limitadas a un determinado servicio de inversión, a un determinado producto inversión o a una parte determinada su red.

3. Sanción impuesta y criterios de graduación.

Se acuerda imponer entre las sanciones previstas para las infracciones muy graves en el artículo 102 LMV la sanción de multa por importe de 1.000.000 euros frente a la propuesta de resolución del Instructor que fijaba una multa de 2.000.000 euros.

La CNMV precisa el rango en el que se va a mover, indicando el importe máximo y mínimo y las circunstancias agravantes y atenuantes

- Importe máximo: 511.326.000 euros. El 5% de los recursos propios del Banco del último ejercicio cerrado con anterioridad al periodo constitutivo de infracción, por tanto año 2013.

- Importe mínimo: 960.000 euros, que es el beneficio obtenido por la conducta infractora y ello conforme al artículo 131 LRJPAC que establece que el establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas.

Dentro de este arco se acuerda imponer una multa de 1 millón de euros que supera en 40.000 euros el beneficio obtenido y ello teniendo en cuenta la CNMV las siguientes circunstancias agravantes y atenuantes.

- Circunstancias agravantes: perjuicios a clientes del Banco y en términos además significativos (artículo 106 ter 1 e) LMV).

- Circunstancias atenuantes:

(a) El que la entidad infractora detectó en parte las incidencias en las relaciones con clientes antes de concluirse la actuación de inspección de la CNMV, procediendo a rectificar su conducta, así como el hecho de haber llevado a cabo un plan de reparación los perjuicios a clientes, derivados de las deficiencias detectadas en las actuaciones de la CNMV (artículo 106 ter 1 i) de la LMV), aun cuando considerando que dicha reparación parcial ya que se refiere únicamente al periodo tomado como referencia por la inspección de este Departamento de la CNMV, siendo que necesariamente se habría producido con anterioridad y con posterioridad.

(b) El hecho de no haber sido el Banco sancionado con anterioridad por vulneración de normas de ordenación y disciplina del mercado de valores (artículo 706 ter. 1 1) de la LMV).

(c) El Banco ha incrementado después la compensación de perjuicios a sus clientes hasta un importe total de 4.328.113,64 euros, resultado de la corrección de las diferencias de valoraciones en posiciones de los clientes generadas durante un periodo de más de seis años hasta un importe total de 4.328.113,64 euros. Esta última circunstancia que fue alegada por el Banco en las alegaciones a la propuesta de resolución, se toma en consideración por el Comité Ejecutivo de la CNMV previo informe de la Dirección General de Entidades que considera que constituye una circunstancia atenuante (y que asume el Consejo de la CNMV al dictar la resolución). Esta circunstancia conlleva que se acuerde reducir la multa propuesta por los Instructores del expediente de 2 millones de euros a 1 millón de euros.

Por último, indicar que el artículo 102.2 de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores (actualmente 304 del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015)

establece que las sanciones por infracciones muy graves son publicadas en el BOE, una vez sean firmes en vía administrativa. En este caso la parte dispositiva de la resolución de la CNMV de 15 de julio de 2016, una vez firme, fue publicada en el BOE nº 278 de 16 de noviembre de 2017.

SEGUNDO: La parte recurrente en escrito de demanda realiza las siguientes alegaciones que podemos dividir en 2 bloques:

1) Determinación de los hechos relevantes del procedimiento administrativo sancionador. Considera que durante la tramitación del expediente, se produjeron, por parte de la CNMV, ciertas variaciones sobre los hechos y su calificación jurídica, carentes de soporte fáctico a la vista de las actuaciones de inspección previas y sin el debido fundamento jurídico, que dieron lugar, al menos de forma implícita, a una modificación de facto y sobrevenida del (i) alcance temporal del expediente claramente determinado y del (ii) objeto material del mismo, impidiendo hacer valer al Banco de Sabadell, S.A., con total plenitud, sus derechos de defensa.

2) En cuanto a la fundamentación jurídica: Vulneración de 1) Derecho de defensa. 2) principio de tipicidad. 3) De culpabilidad. 4) Confianza legítima y 5) Proporcionalidad, propios del Derecho Administrativo Sancionador.

TERCERO: Considera el recurrente que se ha vulnerado el derecho de defensa por las siguientes razones:

1) La CNMV, para valorar que carteras hubieran podido acceder, a su criterio, a otros fondos con mejores condiciones económicas, atiende al valor de la posición invertida a 28 de febrero de 2014 siendo esta fecha, la fecha final del periodo inspeccionado y limitándose el elemento temporal del expediente, a un semestre, en ningún caso a un año.

2) La CNMV se limita a comparar las posiciones a 28 de febrero de 2014 con el importe de suscripción exigido para la adquisición de otros fondos disponibles sin precisar la fecha tomada como referencia para determinar el importe mínimo. Esta actuación resulta incomprensible por cuanto que el expediente sancionador es incoado por la inclusión en las carteras de posiciones en fondos menos favorables en el momento de la comercialización por lo que, al tratarse de la inclusión, debería ser éste hito temporal y no otro, el que se utilice como referencia a los efectos del expediente sancionador.

3) En lo que al cálculo de las comisiones soportadas por los clientes y en consecuencia, el montante percibido por el Banco de Sabadell, S.A. en concepto de incentivos no permitidos se refiere, la CNMV presume que la posición de 28 de febrero de 2014, "se hubiese mantenido inalterada por un año". Nuevamente resulta inadmisibles por cuanto que, en primer lugar, excede el ámbito temporal perfectamente delimitado del expediente sancionador y, en segundo lugar, el Banco de Sabadell, S. A. dispone de una infraestructura, políticas y procedimientos altamente eficaces para la revisión y reclasificación a los efectos de situar a sus clientes, en las mejores condiciones económicas a las que tuvieran acceso.

Estas alegaciones no pueden prosperar por lo siguiente;

Hay que tener en cuenta que el objeto de la Inspección tenía la finalidad de revisar la comercialización de clases de IIC extranjeras y fondos clónicos con igual política de inversión y diferentes condiciones económicas en términos de comisiones. Lo que se detectó en la Inspección es que para determinadas IIC extranjeras y fondos clónicos gestionados por el grupo la Entidad no incluyó en las carteras gestionadas ni tampoco en relación a los clientes asesorados la clase más beneficiosa en términos de comisiones a la que el cliente hubiera podido tener acceso atendiendo a las condiciones objetivas establecidas en el folleto de dicha IIC.

La Inspección a la hora de identificar las carteras, que podrían haber accedido a otros fondos con mejores condiciones económicas en términos de comisiones, comparó el valor de la posición invertida al final del semestre objeto de inspección (28 de febrero de 2014), con el importe mínimo de suscripción exigido para la adquisición de otros fondos disponibles. Ese análisis lo realizó analizando en esa fecha la totalidad de las carteras gestionadas con posiciones en fondos clónicos (8.597 carteras) y la totalidad de clientes asesorados con posiciones en fondos clónicos (2467 clientes). En relación a las IIC extranjeras, no se analizaron todas las carteras gestionadas ni todas las posiciones de los clientes asesorados, pero si una amplia muestra, en concreto se examinaron las posiciones de carteras gestionadas y de clientes asesorados en 26 compartimentos de IIC extranjeros lo que supone 1546 carteras gestionadas y 1217 clientes asesorados con posiciones en alguno de los 26 compartimentos de la muestra.

Es cierto que para realizar ese análisis la Inspección no atendió, tal como indica el recurrente, al momento de la inclusión o la comercialización del producto de cada cartera ni tampoco realiza un análisis en el que partiendo de las posiciones existentes al inicio del semestre analizado y tras examinar cuáles de ellas se mantenían al final de dicho semestre se comparara con otros fondos subordinados o ICC extranjeras, que tuvieran mejores condiciones económicas en términos de comisiones. Ciertamente esos métodos de actuación hubieran sido también válidos, pero entiende la Sala que el efectuado por la Inspección y que sirve de sustento fáctico para acreditar el incumplimiento que se sanciona, es también válido y ello por lo siguiente:

1) Retrotraer la comprobación exhaustiva a la fecha de adquisición de cada una de las posiciones de cada uno de los clientes sería una tarea desproporcionada para el Departamento de Supervisión de entidades (DSEE) debiendo tener en cuenta que los recursos públicos, tanto personales y materiales, son limitados y el número de carteras era numeroso. Se optó por analizar la situación existente a una determinada fecha (la del fin de periodo analizado), tomando una amplia muestra (análisis total tanto de carteras gestionadas como clientes asesorados en fondos clónicos) y una muestra amplia en relación a las IIC extranjeras. Así:

-En relación a las carteras gestionadas, la Inspección analizó a) la totalidad de posiciones de clientes invertidas en fondos gestionados por Banco Sabadell Inversión (8.597 carteras por importe de 184 millones de euros) y se identificaron 1.281 carteras que podrían haber accedido a otros fondos clónicos con mejores condiciones y b) una muestra de 26 compartimentos de IIC extranjeras seleccionadas (1.546 carteras con posiciones en dichos compartimentos) y se identificaron 232 carteras que podrían haber accedido a clases del mismo compartimento en mejores condiciones en cuanto a comisiones.

-En relación a las carteras asesoradas, la Inspección analizó a) la totalidad de clientes asesorados con posiciones en fondos clónicos (2467 clientes por importe de 417 millones de euros) y se identificaron 675 clientes que podrían haber accedido a otros fondos clónicos con mejores condiciones económicas que aquellos en que estaban posicionados, b) los clientes asesorados con posiciones en la muestra de 26 compartimentos de IIC extranjera (1217 clientes con posiciones en dichos compartimentos) y se identificaron a 571 clientes que podrían haber accedido a otras clases de acciones del mismo compartimento con mejores condiciones económicas.

2) Como señala el informe técnico del Departamento de Supervisión, mediante la comprobación realizada no se pretende una determinación exacta de los importes afectados sino la constatación de que los incumplimientos no resultan aislados o puntuales, sino que afectaron significativamente a los intereses de múltiples clientes.

3) No ha demostrado el recurrente que el porcentaje de incidencias hubiera sido distinto si se hubiera aplicado alguno de los métodos que sostiene. Hubiera bastado que realizara el correspondiente cálculo con el alcance temporal sobre todo el periodo durante el que el incumplimiento tuvo lugar. De hecho, el método aplicado por la CNMV ha determinado que se incluyan en el cómputo solo los clientes que tenían posición el 28 de febrero de 2014, pero no las posiciones no óptimas suscritas y reembolsadas durante el periodo de 6 meses.

4) Es cierto que los fondos disponibles en uno u otro momento (inclusión y fin del periodo analizado), pueden variar o variar las condiciones. En este caso la Inspección detallaba tanto en relación a los fondos gestionados por Sabadell Inversión como los fondos de gestoras externas las clases de acciones del mismo compartimento de IIC extranjeras a la que podían tener accesos los clientes minoristas gestionados o asesorados y que a juicio de la CNMV ofrecían mejores condiciones económicas en términos de comisiones, sin que el recurrente haya acreditado que las condiciones de acceso hubieran variado en el periodo. Debe tenerse en cuenta además que los incumplimientos se concentran en pocos fondos o IIC extranjeras, por lo que ese análisis hubiera sido factible para la entidad teniendo en cuenta que la mayor parte de cuentas afectadas eran relativos a fondos gestionados por Sabadell Inversión. Así:

-En relación a los fondos gestionados por Sabadell Inversión, la CNMV indica que en la fecha analizada existían 5 fondos (Sabadell corto plazo Euro; Sabadell Progresión Euro; Sabadell Rendimiento Euro; Sabadell Mix 50 y Sabadell Mix 70) y se observaron incidencias en 3 de ellas (Sabadell corto plazo Euro; Sabadell Progresión Euro y especialmente en Sabadell Rendimiento). Se especificaba por la CNMV respecto a cada uno de estos fondos la incidencia que se detectó. En relación a carteras asesoradas en fondos gestionados por Banco Sabadell se corresponden todos ellos a la gama rendimiento.

-En relación a las incidencias detectadas en posiciones con fondos de gestoras extranjeras externas al Grupo Banco Sabadell, se especifica por la CNMV la clase de acciones del mismo compartimento accesible al cliente minorista, que eran más beneficiosas en términos de comisiones y el hecho es que es solo en 3 compartimentos donde se detectan incidencias relevantes: 1) En el Compartimento de Pimco Funds Global Investors Series PLC se ha considerado accesible la clase "R". 2) En el Compartimento de Franklin Templeton Investment Fund se ha considerado accesible la

clase "Z". 3) En el compartimento de Black Rock Global Fund se ha considerado accesible la clase D. Banco Sabadell teniendo en cuenta el resultado de la Inspección, podía haber rebatido por tanto que en el momento de la contratación esas cuentas no eran accesibles a determinados clientes minoristas por existir un mínimo volumen de inversión, o que el exceso de comisiones soportadas no era correcto, o que las condiciones establecidas en las mismas habían variado desde el momento de la contratación y no había transcurrido hasta el 28 de febrero de 2014, un tiempo prudencial para realizar la correspondiente modificación.

5) En cuanto al cálculo de los excesos de comisiones, la comprobación realizada por la Inspección no pretendía una determinación exacta de los importes afectados, sino la constatación de que los incumplimientos no resultaron aislados o puntuales y que afectaron significativamente a los intereses de múltiples clientes. Sin embargo, la Entidad sí podría haber realizado un cálculo exacto de impactos ocasionados durante todo el período en que el incumplimiento tuvo lugar. En todo caso no ha acreditado la entidad que el porcentaje medio de incidencias en ese periodo sea inferior al existente en la fecha a que hace referencia la Inspección.

CUARTO: Infracción del principio de tipicidad.

La CNMV considera que la conducta del Banco de Sabadell, S. A. es subsumible en el artículo 99 z) bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores LMV que establecía como conducta típica el incumplimiento del artículo 79 cuando no sea ocasional o aislado.

Entiende el recurrente que ese concepto jurídico indeterminado "ocasional y aislado" no ha sido concretado por la CNMV atendiendo a criterios lógicos o técnicos, ya que la CNMV no ha argumentado nada. Indica que el porcentaje de incumplimientos se separa del establecido en la sentencia de la sección sexta de la Audiencia Nacional para calificar un incumplimiento no ocasional o aislado (35% de las operaciones analizadas) y que en este caso se produjo la subsanación plena antes de que finalizara el ejercicio 2014 y la subsanación total de las incidencias se llevó a cabo antes de que finalizaran las actuaciones de la DGE-DSEE.

Efectivamente, como señala el recurrente, el carácter no ocasional o aislado en la medida que no está definido normativamente reviste un carácter indeterminado. La jurisprudencia acepta su uso siempre y cuando éstos sean concretados atendiendo a criterios lógicos, técnicos o de experiencia.

La CNMV argumenta que el incumplimiento no es ocasional ni aislado señalando lo siguiente:

"el número clientes afectados por la irregular conducta del Banco es plural y significativo como resulta de los relevantes porcentajes de incidencias reseñadas lo que a su vez pone de manifiesto que éstas se habrían derivado de causas estructurales en la Entidad y no coyunturales, limitadas a un determinado servicio de inversión, a un determinado producto de inversión o a una parte determinada su red".

El recurrente señala con cita de la sentencia de la Audiencia Nacional sección sexta, de 5 de mayo de 2008 (recurso 512/2005), que ante porcentajes inferiores al 35% no puede

tipificarse como incumplimiento muy grave por no tener carácter de no ocasional o aislado. Extracta el siguiente párrafo de dicha sentencia:

“No pueden compartirse las tesis sobre el carácter ocasional o aislado de las deficiencias de registro de operaciones que alega el recurrente. Los requisitos incumplidos son los que imponen al establecimiento la obtención del número de identificación fiscal del ordenante y beneficiario, comunicación al Banco de España y otras exigencias en relación con las transferencias con el exterior de cuantía superior a 3.005,06 euros. Es cierto que el establecimiento únicamente realizó 69 operaciones de transferencia al exterior de tales características, y que ese número representa tan sólo un 2% de las operaciones, pero lo relevante es que de esas 69 transferencias de cuantía superior a 3.005,06 euros, en 24 de ellas al menos se apreciaron las citadas deficiencias de identificación, de manera que no puede considerarse ocasionados o aislados los incumplimientos cuando se producen en 24 de 69 operaciones (35% de los casos) de las características indicadas”

No se comparten las conclusiones del recurrente en relación a la sentencia de la Audiencia Nacional. La sentencia se refiere a una sanción impuesta por el Banco de España por incumplimientos de la normativa reguladora de la actividad de los establecimientos de cambio de moneda que no tiene que ver con materia aquí examinada, si bien es cierto que también examina el carácter ocasional o aislado de la conducta sancionada. La sentencia precisa que el parámetro que hay que utilizar para determinar el carácter ocasional y aislado, depende de las particularidades del caso y de la importancia relativa del incumplimiento respecto de la conducta en concreto objeto de incumplimiento y no de la actividad total de la entidad sancionada. Por ello señala que, aunque el porcentaje de operaciones de transferencia al exterior por importe superior a 3.000 euros representaba en ese caso solo el 2% de las operaciones realizadas por la entidad (69 operaciones), lo relevante es que supone un porcentaje de un 35% sobre el total de operaciones de transferencias al exterior por un importe superior a 3.000 euros (es decir afecto a 24 de 69 operaciones). Por otra parte, esa sentencia lo que dice es que en ese caso ese porcentaje tiene suficiente entidad, pero sin que ello suponga una estandarización del porcentaje a efectos de determinar la consideración de ocasional o aislado en cualquier supuesto, por lo que no se puede deducir que a sensu contrario un porcentaje inferior al 35% sobre el total de operaciones implique que el incumplimiento no sea ocasional o aislado.

En este caso la CNMV ha concretado ese concepto jurídico indeterminado ya que para determinar que la conducta no tiene carácter ocasional o aislado no solo tiene en cuenta el patrimonio total invertido, sino el número de clientes afectados y que era una deficiencia estructural, ya que no estaba limitada a un determinado servicio de inversión, a un determinado producto de inversión o a una parte determinada su red.

Es cierto que si se excluyen del cómputo las incidencias que fueron subsanadas por el Banco Sabadell podría considerarse ocasional y aislado, pero entiende esta Sala que la subsanación de las deficiencias sólo pueden afectar en su caso a la graduación de la sanción pero no a la tipificación de la conducta sancionada, ya que todas las subsanaciones se realizan con posterioridad al periodo sancionado (1 de septiembre de 2013 al 29 de febrero de 2014), una vez iniciadas las actuaciones inspectoras (el requerimiento inicial de la Inspección es de 3 de marzo de 2014). La CNMV por ello, si bien subraya la diligencia del Banco Sabadell en la subsanación de las deficiencias y en la

reparación de los perjuicios causados, solo lo ha considerado como circunstancia atenuante muy cualificada.

En relación al servicio de gestión de carteras de IIC extranjeras (gestionados por gestoras ajenas al grupo Sabadell), como señala el recurrente, la mayoría de las incidencias detectadas por la CNMV se sitúan en el fondo de la gestora Black Rock al considerar que era accesible la clase D con menores comisiones al cliente minorista y no solo a inversor final institucional. Entiende el recurrente que no pueden computarse esas incidencias ya que la clase D solo se encontraba disponible para clientes minoristas los últimos 15 días del periodo investigado. La CNMV en la resolución recurrida, si bien reconoce que existe una nueva versión del folleto de 14 de noviembre de 2014, señala, tras haber requerido información a la gestora, que ese fondo la clase D2 sí que era accesible a clientes minoristas. Así, señala la CNMV, según se establece en el folleto, desde febrero de 2013 la clase D2 además de para clientes institucionales se encuentra disponible para aquellos distribuidores que cuenten con un acuerdo de comisiones separado con el cliente o fee-agreement entendiéndose por tal cualquier acuerdo mediante el cual el distribuidor presta servicios de inversión a los clientes por los que recibe una remuneración directa de éstos como sucede en el servicio de gestión de carteras. Por tanto, tal como señala la CNMV, en el caso concreto referido a la gestión de carteras, dado que los clientes gestionados firman un acuerdo de comisiones, los clientes podían haber accedido a dicha clase, pero no los clientes asesorados dado que la entidad no cobraba comisiones directas por la prestación del servicio de asesoramiento en materia de inversión.

QUINTO: En cuanto al principio de culpabilidad. Alega el Banco Sabadell que ha actuado de forma diligente, lo que se pone de manifiesto por:

1) Las medidas adoptadas para subsanar las deficiencias por ella detectadas incluso antes de que le fuera notificada la Carta de relación de hechos.

2) La inmaterialidad de las incidencias en los términos indicados en la resolución y que, por los motivos expuestos, han de verse reducidos.

3) El mayor número de incidencias se encuentra en el ámbito del asesoramiento de ICC gestionadas por gestoras ajenas al Grupo Sabadell por cuanto que en éste se dispone de un menor margen de actuación.

4) El propio exceso de comisiones soportadas por los partícipes tenido en consideración por la CNMV por cuanto que éste asciende a la cantidad de 1.468.035,11 euros siendo el total de patrimonio efectivo en posiciones vivas a 28 de febrero de 2014 de 1.919.813.127,69 euros.

Estas alegaciones no pueden prosperar por lo siguiente:

1) La subsanación de deficiencias no se tiene en cuenta para determinar ni la tipicidad ni la culpabilidad, sino únicamente en su caso para minorar la sanción al valorarlo como circunstancia atenuante. Así en este caso el instructor en la propuesta de resolución propuso una multa de 2 millones de euros y tuvo en cuenta para reducir su importe que la entidad infractora detectó en parte las incidencias en las relaciones con clientes antes de concluirse la actuación de inspección de la CNMV. Posteriormente, tras las

alegaciones a la propuesta de resolución, además se toma en consideración por el Comité Ejecutivo de la CNMV previo informe de la Dirección General de Entidades el Consejo de la CNMV el hecho de haber llevado a cabo un plan de reparación de perjuicios a clientes reduciéndola a un millón de euros.

2) No puede hablarse de inmaterialidad de las incidencias teniendo en cuenta el porcentaje que se ve afectado y que se ha detallado en la relación de hechos del fundamento de derecho primero de esta sentencia. No se pueden excluir para realizar el cálculo de materialidad las incidencias subsanadas una vez iniciadas las actuaciones inspectoras, si bien han sido valoradas para graduar el importe de la multa.

3) Efectivamente el margen de actuación puede ser menor en el ámbito del asesoramiento de ICC gestionadas por gestoras ajenas al Grupo Sabadell pero sólo en determinados aspectos. En el aspecto aquí relevante no se puede afirmar que el margen de actuación de la entidad sea menor. Hay que tener en cuenta que aquí lo que se reprocha en relación a los IIC extranjeras es exclusivamente el hecho de que no ofertara dentro del mismo compartimento una clase de acción mas beneficiosa para el cliente que podía tener acceso según las condiciones de acceso y en este sentido no se puede afirmar que el margen de actuación fuera menor. Se trataba de seleccionar el óptimo accesible.

4) No se alcanza a comprender qué relación tiene el importe de comisiones abonadas en exceso con el principio de culpabilidad. De nuevo se insiste en que ese elemento ha sido valorado para cuantificar la sanción. Así se señaló por el instructor que el importe mínimo de la multa sería 960.000 euros, que es el beneficio obtenido por la conducta y ello conforme al artículo 131 LRJPAC que establece que establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas.

SEXTO: El principio de confianza legítima.

El recurrente alega que desde 2009, a la luz de la comunicación publicada por la CNMV y a los efectos de cumplir no sólo con la normativa sino también con los criterios establecidos por la CNMV comenzó a diseñar, implementar y ejecutar políticas y procedimientos en beneficio del interés de sus clientes, de las que era perfectamente conocedora la CNMV a través de continuos contactos y comunicaciones en donde se recoge una relación efectuada por el Banco (documento nº 3 adjunto al recurso de alzada) que permite aplicar el principio de confianza legítima.

Es cierto que consta acreditado en el expediente el interés mostrado por la entidad bancaria por dar cumplimiento a la normativa diseñando y ejecutando procedimientos en beneficio de sus clientes y asimismo, que una vez iniciadas las actuaciones inspectoras procedió a corregir deficiencias en el servicio de comercialización de carteras de fondos de inversión gestionados por Sabadell Inversión. Así consta que las actuaciones inspectoras se iniciaron el 3 de marzo de 2014. El 5 de agosto de 2014, incluso antes de la carta de relación de hechos de 17 de noviembre de 2014, se incorporaron por la entidad controles en los sistemas de contratación para alertar de la existencia de fondos subordinados con mejores condiciones para el inversor. El 3 de

noviembre de 2014 corrigió las incidencias en fondos gestionados por Sabadell Inversión al suprimir el importe de inversión mínima inicial para ser partícipe de Sabadell Rendimiento Carteras FI (esta medida afectaba a 1201 de las 1281 carteras que la CNMV identificó que podrían haber accedido a otros fondos clónicos con mejores condiciones económicas que aquellos en que estaban posicionados). En relación al asesoramiento en materia de inversión, la entidad decidió cambiar la estructura de fondos subordinados de la gama rendimiento por otra estructura para no dar lugar a interpretaciones erróneas en cuanto al segmento de inversores finales a los que va dirigida. En relación a las IIC extranjeras se reclasificaron las posiciones en incidencia en las clases óptimas en diciembre de 2014. Por otra parte, se reintegraron a los clientes el importe en exceso de las comisiones recibidas. Todo ello determinó que, por la CNMV, una vez reintegradas las comisiones irregularmente percibidas, se considerara esta circunstancia como atenuante muy cualificada para graduar el importe de la multa.

Ahora bien, en relación a las actuaciones sancionadas no se aprecia que concurran los presupuestos establecidos por la Jurisprudencia que permitan aplicar el principio de confianza legítima conforme a los criterios establecidos por el Tribunal Supremo y que el recurrente expone de forma detallada citando las sentencias del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 1991, 2 de febrero de 2002 y 23 de julio de 2003 y que en definitiva supone la existencia de un acto lo suficientemente concluyente de la Administración para inducir al afectado que su conducta es lícita o razonable. Ello por lo siguiente:

- De la totalidad de carteras gestionadas el 28 de febrero de 2014 con posiciones en fondos clónicos gestionados por el grupo Sabadell (8.597) se identificaron 1281 carteras que podrían haber accedido a otros fondos con igual política de inversión con mejores condiciones económicas y de estas, 1201 carteras correspondían al Subfondo Sabadell rendimiento que podían haber accedido al subfondo Sabadell Rendimiento Carteras, que soportaba una comisión de gestión anual del 0,4% frente al 1% de la anterior. No se especifica que acto de la CNMV permitía considerar que esta actuación era en el mejor interés del cliente.

- En relación al asesoramiento en materia de inversión en fondos clónicos gestionados por el grupo, el propio Banco Sabadell al contestar mediante escrito de 5 de diciembre de 2014 a la carta de relación de hechos de 17 de noviembre de 2014, reconoce que la mayor parte de los casos detectados por la CNMV corresponde a fondos subordinados del fondo principal Sabadell Rendimiento Euro FI (636 de los 674 casos) que eran los siguientes: Sabadell Rendimiento FI, Pyme, Empresa, Institucional con comisiones de gestión respectivamente del 1%, 0,70%, 0,50% y 0,30%. El error fue debido a que incluyen en su denominación una expresión que ha llevado a confusión en el proceso de asesoramiento ya que se podía interpretar que se orientan a un segmento restringido de posibles inversores finales (Pymes, Empresas, Instituciones) cuando su suscripción en ningún caso estaba limitada por el folleto, a dichos segmentos de inversores finales y la comisión de gestión variaba considerablemente ya que mientras Sabadell Rendimiento F1 era del 1% en el resto se iba reduciendo al 0,70%, 0,50% y 0,30%. Por tanto, el Grupo Sabadell reconoce que es un error interno en la comercialización del producto como consecuencia de la denominación del mismo, procediendo una vez notificada la carta de relación de hechos a modificar la estructura de los fondos de gama rendimiento con una denominación que no dé lugar a confusiones.

- En relación a los fondos de gestoras externas al Grupo Sabadell. De las 232 carteras identificadas por la CNMV en la muestra inspeccionada, había 193 carteras con posición en la clase A2 del fondo BGF Euro Markets que podían haber accedido a la clase D con menores comisiones. No cita el recurrente ningún acto de la CNMV que permita considerar que los clientes no podían acceder a esa clase. Al contrario, la CNMV pone de relieve a la vista del folleto de 15 de febrero de 2013, que sí que era accesible la clase D2 para carteras gestionadas.

SÉPTIMO: El principio de proporcionalidad.

En el fundamento de derecho primero, apartado 3 de esta sentencia se han expuesto las circunstancias aplicadas por la CNMV para graduar la sanción. Considera el recurrente que se ha vulnerado dicho principio por los siguientes motivos:

1) La resolución recurrida no ha considerado los planes de compensación ejecutados por el Banco Sabadell como atenuante completa.

Así, señala que, como resultado inicial de este proceso de revisión, Banco de Sabadell SA completó en enero de 2016 un primer plan de reparación de los posibles perjuicios derivados de las deficiencias detectadas en el periodo de tiempo objeto de las actuaciones de la CNMV, es decir, desde el 1 de septiembre de 2013 al 28 de febrero de 2014. El cálculo de la compensación se llevó a cabo por la diferencia de valoración entre, por un lado, la posición del cliente en su actual fondo clónico o en su actual clase de acciones o participaciones de IIC extranjera y por otra parte, el fondo clónico o clase de acciones o participaciones de IIC extranjera más favorable al que hubiese podido acceder y por el periodo comprendido entre el 1 de septiembre de 2013 y el 28 de febrero de 2014 o la fecha de reembolso si fuera anterior. Todo ello determinó que se identificasen 12.400 casos por importe a compensar de 1.468.035,11 euros. Dicho importe supuso la compensación del importe total del exceso de comisiones presuntamente soportadas en su integridad pese a que, como reconoció la propia CNMV, la retrocesión de comisiones de gestión a favor del Banco de Sabadell SA supuso el 82% de ese exceso. Posteriormente completó un nuevo plan de compensación por un periodo de más de 6 años, siendo el criterio de compensación aplicado la diferencia de valoración entre la posición del fondo del cliente y el fondo de mejor clase que le hubiera correspondido, por el periodo comprendido entre el 5 de junio de 2009 y la fecha en la que la posición ha sido recolocada en la clase correspondiente. Como resultado de ello ha compensado a sus clientes por un importe total de 4.328.113, 64 euros. Señala que, siendo este plan complementario del inicialmente ejecutado, debería haber sido tomado en consideración por el órgano decisor en el momento de dictar la resolución impugnada.

2) El Banco ha compensado en su totalidad las comisiones en exceso abonadas por los clientes pese a que Banco Sabadell solo percibió el 82% del exceso de comisiones soportadas.

3) La ausencia de voluntariedad en la conducta.

4) La actuación diligente del mismo desde la Comunicación de 2009 como la colaboración con la propia CNMV durante las actuaciones de supervisión y con

posterioridad a las mismas. Debe aplicarse el criterio de atenuación previsto en el artículo 106 letra j) LMV.

Considera la Sala que la sanción impuesta no debe ser modificada. Hay que tener en cuenta que la infracción cometida es muy grave. El límite máximo de la sanción pecuniaria que podía haber sido impuesta era más de 500 millones de euros, 511.326.000 euros (el 5% de los recursos propios del Banco del año 2013, último ejercicio cerrado con anterioridad al periodo constitutivo de infracción, que ascendía a 10.226.534.000 euros) y el importe mínimo es el beneficio obtenido (que era según la CNMV de 960.000 euros) y ello conforme al artículo 131 LRJPAC, que señala que el establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas. La propia CNMV establece que el beneficio debe constituir el límite mínimo de la multa. Se ha impuesto una sanción de 1.000.000 euros, es decir, 40.000 euros superior al importe que se considera mínimo por la CNMV. Las circunstancias que alega no permite modificar el importe de la multa y ello por lo siguiente:

1) El plan de compensación inicial de perjuicios causados a los clientes en el periodo objeto de la Inspección, es decir, desde el 1 de septiembre de 2013 al 28 de febrero de 2014, consistente en la devolución de las comisiones en exceso cobradas en ese periodo, fue tomado en consideración por el instructor del expediente al formular la propuesta de resolución, proponiendo una sanción de 2 millones de euros. El segundo plan de compensación por un periodo de más de 6 años, por el periodo comprendido entre el 5 de junio de 2009 y la fecha en la que la posición ha sido recolocada en la clase correspondiente, fue tomado en consideración por el órgano decisor en el momento de dictar la resolución impugnada ya que redujo la sanción propuesta por el Instructor de 2 millones de euros a 1 millón de euros.

2) El hecho de que el Banco ha compensado en su totalidad las comisiones en exceso abonadas por los clientes, pese a que Banco Sabadell percibió, no la totalidad, sino el 82% del exceso de comisiones soportadas, ya ha sido valorado por el Instructor y la resolución recurrida a la vista de lo expuesto en el párrafo anterior en que se ha valorado la reparación del perjuicio causado al cliente y no solo el perjuicio causado al Banco. El perjuicio causado al cliente viene constituido por el exceso de comisiones abonadas en su integridad con independencia de que el Banco solo perciba un porcentaje del exceso de esas comisiones.

3) En cuanto a la voluntariedad. El artículo 106 ter LMV regula los criterios de graduación de las sanciones, estableciendo que se determinaran conforme a los criterios recogidos en el artículo 131.3 de la Ley 30/92 y los establecidos en dicho apartado. Dentro de los señalados en el artículo 131.3 como criterio de graduación, está establecida la existencia de intencionalidad. La intencionalidad requiere un especial ánimo infractor en relación al tipo básico que convierta su conducta en especialmente grave, por lo cual solo puede considerarse como circunstancia agravante o en su defecto no aplicarse. Así lo hemos considerado en la sentencia de esta Sala de 29 de septiembre de 2016 (recurso 417/2015) declarando conforme a derecho el criterio mantenido por la CNMV en relación a la aplicación de esta circunstancia moduladora de la sanción.

4) En cuanto a colaboración con la CNMV. Considera el recurrente que debe aplicarse el criterio de atenuación previsto en el artículo 106 letra j) LMV que se refiere a la colaboración con la Comisión Nacional del Mercado de Valores, siempre que la persona física o jurídica haya aportado elementos o datos relevantes para el esclarecimiento de los hechos investigados, sin perjuicio de la necesidad de garantizar la restitución de los beneficios obtenidos o de las pérdidas evitadas por la misma. No se aprecia que haya que aplicar esta circunstancia atenuante, dado que la aportación de datos ha sido como respuesta a requerimientos a la entidad y alegaciones al pliego de cargos, propuesta de resolución y recurso de alzada, por tanto, en cumplimiento de obligación de cumplimentar requerimientos o ejercicio de derecho de defensa. Por otra parte, ya ha sido valorado de forma muy cualificada (reducción de la multa en un 50%) el hecho de que se procediera a la reparación de los perjuicios causados mediante la devolución a los clientes de las comisiones percibidas en exceso desde el año 2009 hasta la fecha en que se hizo la recolocación en el fondo clónico óptimo o clase óptima disponible del mismo compartimento.

5) Por otra parte, subraya esta Sala que difícilmente se puede hablar de desproporción, ya que debe tenerse además en cuenta que en relación a las IIC extranjeras, los cálculos se han realizado sobre una muestra de 26 compartimentos y se han calculado las comisiones sobre el volumen de la inversión muestreada. Como señala la carta de relación de hechos de 17 de noviembre de 2014 (anexo 1 del informe razonado) de mantenerse los porcentajes de incidencia observados en la muestra en el resto de IIC extranjeros no muestreado se estima que el exceso de comisiones soportadas por clientes gestionados sería de 765.000 euros y no de 421.000 euros y en relación a los clientes asesorados, de 1,4 millones de euros en vez de 543.000 euros. Teniendo en cuenta que el porcentaje de comisión de retrocesión es ligeramente superior al 50% sobre esos importes, el importe en exceso de las comisiones de retrocesión por gestión y asesoramiento en IIC extranjeras percibidas por el Banco Sabadell ascenderían a 1.082.000 euros. A ello habría que sumar las comisiones en relación a los fondos clónicos, 95.000 euros clientes gestionados y 330.000 euros clientes asesorados. Por lo tanto, si se identifica como hace la CNMV el beneficio con el importe de las comisiones percibidas por la entidad, éste no ascendería a 930.000 euros, sino a 1.507.000 euros siendo por tanto el importe de la multa inferior al beneficio realmente obtenido, que constituye el importe mínimo de la multa al objeto de dar cumplimiento a lo establecido en el 131 LRJPAC que señala que el establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas.

OCTAVO: Conforme a lo razonado procede desestimar el recurso, acordando imponer las costas a la parte actora.

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 DE SABADELL, S.A** contra la resolución del Ministro de Economía, Industria y Competitividad de 7 de septiembre de 2016 por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional

del Mercado de Valores de 15 de julio de 2016, que se declara conforme a derecho en los extremos examinados. Las costas se imponen a la parte actora.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

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