

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 22 DE OCTUBRE DE 2019

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª

Recurso nº.: 104/2018
Ponente: D. Francisco Díaz Fraile
Acto impugnado: Resolución del Ministerio de Economía y Competitividad de 6 de febrero de 2018 que confirma en alzada la Resolución del Consejo de la CNMV de 27 de junio de 2017.
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a veintidos de octubre de dos mil diecinueve.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **CAIXABANK, S.A.** representado por el Procurador **D. JSZ** contra el **MINISTERIO DE ECONOMÍA, INDUSTRIA Y COMPETITIVIDAD**, representado por el abogado del Estado y la **ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE BANCOS, CAJAS Y SEGUROS DE ESPAÑA ADICAE**, representada por la Procuradora **D^a. MAC**, sobre **MULTAS Y SANCIONES** siendo ponente el Ilmo. Sr. Magistrado de esta Sección D. Francisco Díaz Fraile.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El acto impugnado procede del MINISTERIO DE ECONOMÍA, INDUSTRIA Y COMPETITIVIDAD y es la resolución de fecha 6-2-2018 que desestimó el recurso de alzada interpuesto por la hoy parte actora contra una anterior resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV).

SEGUNDO.- Interpuesto recurso contencioso administrativo ante esta Audiencia Nacional, una vez admitido a trámite y reclamado el expediente administrativo, se dio traslado a la parte recurrente para que formalizara la demanda solicitando en el suplico la estimación del recurso.

TERCERO.- Presentada la demanda se dio traslado de la misma al Abogado del Estado, con entrega del expediente administrativo, para que la contestara y, formalizada dicha contestación, solicitó en el suplico que se desestimaran las pretensiones de la parte recurrente y que se confirmaran los actos impugnados por ser conformes a Derecho.

CUARTO.- Siendo el siguiente trámite el de conclusiones, a través del cual las partes por su orden concretaron sus posiciones y reiteraron sus respectivas pretensiones, quedaron los autos conclusos para sentencia, señalándose para votación y fallo el **15/10/2019**, en el que efectivamente se votó y falló.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna la resolución de 6-2-2018 del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, que desestimó el recurso de alzada interpuesto por la hoy parte actora contra una anterior resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) de 27-6-2017 recaída en el expediente sancionador nº 10/2016, terminando la demanda con la súplica que es de ver en autos.

SEGUNDO.- La originaria resolución de la CNMV de 27-6-2017 declaró a la ahora demandante responsable de la comisión de una infracción muy grave del artículo 99.z).bis de la Ley 24/1988 (LMV), en relación con el artículo 79 de esta misma ley y con el

artículo 59 del Real Decreto 217/2008, y ello debido a la percepción de terceros de incentivos no permitidos con ocasión de la inversión en instituciones de inversión colectiva (tanto nacionales como extranjeras) en el ámbito del asesoramiento en materia de inversiones, imponiéndole entonces una sanción de multa por importe de 5.000.000€.

La normativa que interesa traer a colación hic et nunc en orden a la resolución del pleito es la siguiente:

- Artículo 99.z).bis de la LMV: <<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>>.

- Artículo 79 de la LMV: <<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>>.

- Artículo 59 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero: <<A los efectos de lo dispuesto en el artículo 79 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, se considerarán incentivos permitidos los siguientes:

a) Los honorarios, comisiones o beneficios no monetarios pagados o entregados a un cliente o a una persona que actúe por su cuenta, y los ofrecidos por el cliente o por una persona que actúe por su cuenta;

b) 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:

i) 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.

ii) 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.

c) Los honorarios adecuados que permitan o sean necesarios para la prestación de los servicios de inversión, como los gastos de custodia, de liquidación y cambio, las tasas reguladoras o los gastos de asesoría jurídica y que, por su naturaleza, no puedan entrar en conflicto con el deber de la empresa de actuar con honestidad, imparcialidad, diligencia y transparencia con arreglo al interés óptimo de sus clientes>>.

La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (Sección 3ª) nº 1.571/2017, de 18-10, se ha pronunciado a efectos de formar jurisprudencia sobre el artículo 79 de la LMV, cuya doctrina integramos aquí por remisión.

TERCERO.- La demanda rectora del proceso articula los siguientes motivos de impugnación: primero, vulneración del derecho de defensa; segundo, vulneración del principio de confianza legítima; tercero, subsidiariamente, quebrantamiento del principio de legalidad en su vertiente material de tipicidad; cuarto, subsidiariamente, infracción del principio de culpabilidad; quinto, subsidiariamente, vulneración del principio general de proporcionalidad. En atención a todo lo anterior la demanda termina impetrande que se declaren nulas las resoluciones recurridas.

El abogado del Estado se ha opuesto a la pretensión de la parte actora en los términos que son de ver en autos.

CUARTO.- Examinaremos a continuación los distintos motivos de impugnación articulados en la demanda. En el primero de ellos se aduce la vulneración del derecho de defensa.

Este primer motivo impugnativo no resulta plausible.

A propósito de las alegaciones sobre el particular de la demandante es de notar que los hechos que fueron imputados a la interesada aparecen definidos con la suficiente claridad tanto en el pliego de cargos como en la propuesta de resolución para poder ejercer el derecho de defensa, siendo así que la recurrente pudo alegar y probar cuanto tuvo por conveniente, sin que pueda hablarse por la misma con éxito de indefensión.

En este ítem conviene tratar la alegación de la recurrente que apunta a que los actos impugnados realizaron determinadas presunciones sin base fáctica ni jurídica en el factum o resultando de hechos probados, y ello concretamente en dos aspectos: uno, en la identificación de las carteras que podrían haber accedido a otras clases de acciones con mejores condiciones económicas, y, dos, en el cálculo de las comisiones cobradas.

Este reproche sobre las alegadas presunciones no es de recibo por lo siguiente. En primer lugar, la inspección de la CNMV que está en el origen del expediente sancionador litigioso abarcó un periodo comprendido entre el 1-1-2014 y el 31-5-2014, tomándose entonces como referencia la situación de las posiciones a 31-5-2014 y las condiciones a la sazón existentes. El recurrente aduce que se tenía que haber realizado la comparación con las condiciones que existían en la fecha de la inversión o en fechas posteriores. Sin embargo, las resoluciones impugnadas arguyen que esta comparación exigiría un esfuerzo desproporcionado y que el método utilizado es adecuado para comprobar los incumplimientos que se reprochan a la interesada. La Sala comparte la tesis de la Administración de que la comprobación a fecha 31-5-2014 de las carteras y fondos de la muestra utilizada es un método adecuado para verificar los referidos incumplimientos habida cuenta su alcance y la obligación de la interesada de realizar posteriormente un seguimiento continuado de la inversión (que no implica que sea inmediato). Importa también en este punto observar que frente a los resultados de la inspección de la CNMV la recurrente no ha practicado prueba en contrario. En segundo lugar, respecto del cálculo de las comisiones y su proyección anual, no se trata, cual aduce la Administración demandada, de una determinación exacta sino solo de una estimación, de donde que carezca de trascendencia anulativa.

En definitiva, el factum de la originaria resolución combatida, confirmada en alzada, aparece suficientemente definido y probado, y la recurrente ha podido ejercer el derecho de defensa con las debidas garantías, de donde que este primer motivo impugnativo haya de decaer.

QUINTO.- El segundo de los motivos de impugnación de la demanda apunta a una pretendida vulneración del principio de confianza legítima.

A este respecto la actora alega que la CNMV conocía el criterio de asignación de las diferentes clases de acciones (importe de la suscripción) desde antes de la inspección de 2014 que está en el origen del expediente sancionador de autos y no había formulado objeción o reparo sobre el particular, a lo que se añade que Caixabank había actualizado sus prácticas de acuerdo con los criterios de la CNMV y había llevado a cabo procedimientos de subsanación de deficiencias detectadas por esta última, por lo que - se aduce- la interesada actuaba en la confianza de que cumplía con las normas legales y los criterios de la CNMV.

Este segundo motivo tampoco puede prosperar. No existe prueba de que la CNMV conociese con exactitud los criterios utilizados por la recurrente para la asignación de las distintas clases de acciones pues el criterio del importe de la suscripción no implicaba necesariamente que no se tuviesen en cuenta las posiciones previas del inversor, siendo de observar además que lo que se sanciona no es el criterio empleado en la asignación de las clases de acciones sino una actuación que no alcanzaba las exigencias derivadas de la diligencia que legalmente le era exigida a la actora en relación con los intereses de sus clientes. No es baladí respecto de este punto que la recurrente había sido inspeccionada en 2010 y se detectaron entonces deficiencias similares a las de autos, recibiendo por ello dos requerimientos de subsanación en 2011 y 2013. En la inspección

de 2014 (origen del expediente sancionador litigioso) se detectan de nuevo deficiencias similares a las anteriores, cuyas deficiencias no fueron subsanadas hasta finales de 2015, cuya subsanación además no fue total (el expediente sancionador de autos se incoa en abril de 2016).

Pues bien, en el contexto de las circunstancias descritas no puede prosperar la invocación al principio de confianza legítima, y ello a pesar de la alegada actualización de los procedimientos y de los mecanismos de subsanación empleados por Caixabank.

SEXTO.- El tercer motivo de impugnación aduce el quebrantamiento del principio de legalidad en su vertiente material de tipicidad, motivo que ha de claudicar pues los hechos declarados probados encajan en el tipo de infracción muy grave imputado, siendo de señalar que no se trata solo de la aplicación del criterio de asignación de las clases de acciones (el importe de la suscripción sin tener en cuenta la posición acumulada), sino que además se detectan deficiencias en la obligación del seguimiento posterior, cuyo seguimiento tenía que ser continuado según el compromiso asumido. Por otro lado, se cumple el debatido requisito de no ser ocasional o aislado dado el alcance de las incidencias, el número de clientes afectados y tratarse de actuaciones con origen estructural y que afectaba a toda la red de oficinas, sin que resulte plausible para definir el límite de dicho requisito el porcentaje del 35% defendido por la actora sobre la base de una lectura interesada y parcial de determinada sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

SÉPTIMO.- El cuarto motivo de impugnación de la demanda arguye una pretendida infracción del principio de culpabilidad, que tampoco puede recibir una favorable acogida por lo que decimos a continuación.

Descartada, según vimos más arriba, la confianza legítima en que buscaba ampararse la actora, esta parte no ha logrado construir una interpretación alternativa razonable del grupo normativo de aplicación al caso, siendo de agregar que la falta de diligencia exigible (como modalidad de culpabilidad) aparece con claridad dadas las deficiencias detectadas con anterioridad en la inspección de 2010 (que dieron lugar a sendos requerimientos de subsanación en 2011 y 2013), que se detectan nuevamente en la inspección de 2014 (origen del expediente sancionador litigioso) y cuyas deficiencias no se subsanan (y solo parcialmente) hasta finales de 2015, sin que, en fin, la alegada complejidad en las inversiones en IIC extranjeras sea excusa válida para dejar de observar las normas de conducta legalmente impuestas a la actuación de la demandante.

OCTAVO.- Por último, se esgrime en la demanda la vulneración del principio general de proporcionalidad, centrándose en particular en que no se ha aplicado como atenuante la colaboración relevante de la interesada con la CNMV. Ahora bien, no puede predicarse la nota de la relevancia en la colaboración de la recurrente con la CNMV pues dicha colaboración se ajustó al marco de aquello a lo que dicha parte estaba obligada en función de su posición de sujeción respecto de dicho organismo. Abunda en la decadencia de este último motivo de impugnación que la multa se impusiera en el

tercio inferior y que la recurrente hubiese sido sancionada en 2014 de modo firme por una infracción muy grave. En contemplación de todo ello no puede estimarse la esgrimida vulneración del principio de proporcionalidad en la imposición de la sanción puesta en entredicho.

En resumen, y por mor de cuanto precedentemente queda expuesto y razonado, se impone, sin más circunloquios, la desestimación del actual recurso.

NOVENO.- Al desestimarse el recurso procede la imposición de las costas a la parte actora (artículo 139.1 de la LJ).

FALLAMOS

- 1) Desestimar el recurso.
- 2) Confirmar las resoluciones recurridas a que se contrae la litis.
- 3) Imponer a la parte actora las costas del proceso.

Esta 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, testimonio de la cual se remitirá, junto con el expediente administrativo, a su oficina de origen para su ejecución, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.