

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 19 DE FEBRERO DE 2019

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª

Recurso nº.: 554/2017
Ponente: D. Francisco Díaz Fraile
Acto impugnado: Resolución del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad de 8 de mayo de 2017, que confirma en alzada la resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 15 de julio de 2016.
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a diecinueve de febrero de dos mil diecinueve.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **BNP PARIBAS ESPAÑA S.A.** representada por el Procurador **D. ARS** contra el **MINISTERIO DE ECONOMÍA, INDUSTRIA Y COMPETITIVIDAD**, representado por el abogado del Estado, sobre **SANCIÓN** 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 8-5-2017, que desestimó el recurso de alzada formulado en su día por la hoy parte actora contra una anterior resolución de 15-7-2016 de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

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 12-2-2019, en el que efectivamente se votó y falló.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna la resolución de 8-5-2017 del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, que desestimó el recurso de alzada formulado en su día por la hoy parte actora contra una anterior resolución de 15-7-2016 de la Comisión Nacional del Mercado de Valores que había decidido imponer a dicha parte una sanción de multa de 800.000 € como responsable de una infracción tipificada como muy grave en el artículo 99. z bis) de la Ley 24/1988 (LMV) en relación con el artículo 79 de la misma ley y el artículo 59 del Real Decreto 217/2008, por la percepción de terceros de incentivos no permitidos con ocasión de la inversión en IIC extranjeras, en el ámbito de la gestión de carteras y del asesoramiento en materia de inversiones.

La demanda termina con la súplica que es de ver en autos.

SEGUNDO.- El factum de la resolución originaria recurrida incluye en síntesis los siguientes hechos: primero, la inclusión en las carteras gestionadas de clases de acciones de IIC extranjeras 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; y segundo, la inclusión en las carteras asesoradas de clases de acciones de IIC extranjeras 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. Con este comportamiento la parte actora no actuaba en el interés óptimo de los clientes, percibiendo por dicha actuación incentivos no permitidos e incumpliendo de forma no aislada ni ocasional el artículo 79 de la LMV y el artículo 59.b), epígrafe ii) del Real Decreto 217/2008.

La demanda rectora del proceso articula una serie de motivos de impugnación que se pueden estructurar del siguiente modo: a) en cuanto al factum o hechos probados, se pone en cuestión el perímetro de las posiciones afectadas; b) en relación con el requisito de la tipicidad, se plantea la cuestión de si la infracción debería ser grave o muy grave; c) en el punto relativo a la culpabilidad, se alega que la normativa aplicable suscita dudas de interpretación cual acreditarían determinadas comunicaciones de la CNMV, lo que debería tener su incidencia en el meritado requisito de la culpabilidad al haber efectuado la recurrente una interpretación razonable de la normativa de referencia; d) por último, en lo tocante a la sanción se plantean ciertas cuestiones relativas a las circunstancias modificativas de la responsabilidad y a la proporcionalidad de la multa impuesta. En atención a todo lo anterior la demanda termina impetrando la anulación de la resolución impugnada o la reducción sustancial de la sanción.

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

TERCERO.- Trataremos de ser claros y precisos en nuestra resolución, amén de congruentes, pues así lo imponen las normas procesales.

Damos por reproducido todo el pormenor fáctico que subyace en la litis, que es conocido por las partes.

En el primero de los puntos en que hemos estructurado los motivos de impugnación de la demanda se pone en tela de juicio el perímetro de las posiciones afectadas que se han visto incluidas en el factum de la resolución originaria sancionadora, y ello en particular con dos clases de acciones. El tratamiento de este primer ítem exige hacer algunas precisiones

Es de notar que la resolución originaria ya aceptó algunas alegaciones o matizaciones hechas por la interesada en relación con dicho perímetro, si bien la aceptación de las mismas no afectaba a la parte sustancial de los hechos probados. En esta sede judicial no

se han aportado nuevos datos o pruebas en relación con las dos clases de acciones que la actora pretende excluir del perímetro de las posiciones afectadas, siendo así que la resolución originaria motiva suficientemente su inclusión en el mentado perímetro, cuya motivación no ha sido desvirtuada.

Por otra parte, en el escrito de demanda en el ámbito del asesoramiento se niega que existiese una obligación contractual de asesoramiento con un alcance global. Sin embargo, es de observar que en el perímetro a que alude la recurrente solo se han incluido los casos en que el servicio se prestó, esto es, se realizó la correspondiente recomendación en el periodo objeto de inspección, y es entonces, con ocasión del meritado servicio, cuando el mismo debió prestarse en los términos legales, afectando además a productos depositados en la entidad (la demandante). Cada vez que la entidad (la parte actora) hacía una recomendación examinaba la cartera del cliente, por lo que con ocasión de cada recomendación debió asesorar el cambio a clases de acciones más ventajosas de aquellos productos que en las mismas condiciones de inversión estaban peor posicionados.

Es de señalar que en relación con el factum de la resolución recurrida no se alega infracción del principio de presunción de inocencia, siendo de advertir que el meritado resultando de hechos probados responde a una valoración de las actuaciones de forma razonable, sin que, de otro lado, exista una prueba suficiente del pretendido por la actora nexo causal entre la retrocesión (el incentivo percibido) y la mejora de la calidad del servicio (la denominada arquitectura abierta en la oferta de inversión que proporcionaba la entidad recurrente), ni tampoco de que el incentivo fuera imprescindible para el mantenimiento del servicio en la forma en que se prestaba, de modo que es de concluir que el cobro del incentivo obstaculizaba la gestión en el interés óptimo del cliente, siendo así que el conflicto de interés que suscitaba el meritado incentivo no se resolvía de forma favorable para el cliente, cuyo interés debía primar en la actuación de la entidad actora. En relación con aquella alegación de esta última parte respecto de la mejora y mantenimiento del servicio como justificación del incentivo es de notar que ya la Administración ha tenido en cuenta el nivel mínimo de inversión y que en el caso se trataba de posiciones que no se correspondían con el interés óptimo del cliente por existir otras acciones con la misma política de inversión e inferiores comisiones según el folleto, cuyas condiciones objetivas eran las que se tenían que tener en cuenta.

En definitiva, hemos de concluir que el factum de la resolución impugnada ha quedado incólume en esta sede judicial, por lo que el siguiente requisito que hemos de verificar es el de la tipicidad.

CUARTO.- En este apartado de la tipicidad se ha discutido en el proceso si la conducta objeto del reproche disciplinario se produjo de forma ocasional o aislada o no, siendo éste el elemento diferencial entre el tipo de infracción muy grave imputada y la grave.

Sobre este particular es de observar que según la resolución (originaria) recurrida se vieron negativamente afectadas por la conducta de la entidad recurrente 536 carteras gestionadas y 805 carteras asesoradas. Según la misma resolución el importe global

estimado en concepto de exceso de comisiones pagadas ascendía a 480.000 €, y el exceso de retrocesiones percibidas por la entidad actora alcanzaba la cifra de 308.390 €. En cualquier caso, ateniéndonos o no a estas magnitudes, lo cierto es que la actuación de la entidad recurrente objeto de sanción afectó a una pluralidad de clientes y no puede aceptarse que se realizara de una forma ocasional o aislada pues incidía de modo estructural en las condiciones en que operaba la demandante con múltiples clientes, de donde que los hechos probados aparezcan bien tipificados como infracción muy grave.

Además de lo anterior, conviene dejar constancia de lo siguiente en respuesta a las alegaciones de la recurrente. Si bien en la configuración del tipo imputado aparecen conceptos jurídicos indeterminados, es de ver que los mismos son susceptibles de ser precisados por criterios técnicos en el ámbito especializado de que se trata. La norma cumplía de modo suficiente el requisito de taxatividad y las resoluciones combatidas motivaron de modo bastante el requisito de la tipicidad de la conducta objeto del reproche sancionador, siendo de concluir que la sanción era previsible.

Corolario de lo anterior es la suerte desestimatoria de este motivo de impugnación.

QUINTO.- Otro de los motivos de impugnación es el que apunta a la ausencia de culpabilidad en la conducta de la entidad recurrente, lo que conllevaría la inexistencia de la infracción imputada.

Las resoluciones recurridas defienden que existe la culpabilidad al menos en su forma de imprudencia o negligencia.

La recurrente aduce que existían dudas de interpretación en torno a la normativa aplicable sobre los incentivos permitidos al utilizar dicha normativa conceptos jurídicos indeterminados, pero no resulta plausible la alegación de dicha parte de que hizo una interpretación razonable de la norma.

Es de notar que la admisión a trámite de un recurso de casación por apreciarse en principio interés casacional en relación con la normativa aplicable en el caso no implica necesariamente que en el supuesto enjuiciado la recurrente hiciese una interpretación razonable de la normativa de referencia. Por otra parte, existían dos comunicaciones de la CNMV de 2009 y 2012 (sobre comercialización de fondos clónicos con diferentes comisiones y sobre reclasificación automatizada de carteras), anteriores por tanto a las fechas litigiosas, que exponían con la suficiente claridad los criterios interpretativos de la CNMV en la materia, despejando así posibles dudas respecto a determinadas prácticas de las empresas de servicios de inversión en el mercado de valores, de tal manera que en el caso aquellas posibles dudas de interpretación fueron abordadas por la CNMV con un resultado suficientemente clarificador.

No puede, pues, aceptarse la tesis de la ausencia de culpabilidad (elemento esencial de la infracción administrativa) sobre la base de unas supuestas dudas suscitadas por la normativa aplicable y de una interpretación razonable de la norma. A este propósito, y como ya consignamos más arriba, es de observar que los conceptos jurídicos indeterminados utilizados por las normas que integran el tipo imputado eran

susceptibles de concreción por medio de criterios técnicos en el campo especializado de que se trata, sin que la recurrente hiciera una interpretación razonable a efectos de su exoneración de responsabilidad, siendo de indicar a propósito de esto último, y como también se dijo más atrás, que la Administración ya tuvo en cuenta la referencia del nivel mínimo de inversión y que en el caso se trataba de posiciones que no se correspondían con el interés óptimo de los clientes por existir otras acciones con la misma política de inversión y comisiones inferiores según el folleto, cuyas condiciones objetivas eran las que se debieron tener en cuenta por la entidad.

Corolario de lo anterior es el desfallecimiento también de este motivo de impugnación.

SEXTO.- El siguiente motivo de impugnación pone en tela de juicio la sanción impuesta, y en esta línea se cuestionan las circunstancias modificativas de la responsabilidad tenidas en cuenta y la proporcionalidad de la sanción.

La sanción litigiosa se ha impuesto en el tercio inferior de la extensión legalmente posible (un porcentaje legal de los recursos de la entidad recurrente), y con cierta relevancia dentro de dicho tercio al concurrir dos circunstancias agravantes (perjuicios para los clientes y ganancias para la entidad recurrente) y una atenuante (ausencia de antecedentes disciplinarios de la entidad actora) y en orden a cumplir los fines represivos y preventivos de la sanción administrativa.

La demanda cuestiona la existencia de dos agravantes al entender que supone la infracción del principio non bis in ídem y preconiza la existencia de más de una atenuante. No resultan plausibles las alegaciones de la recurrente a este respecto. La existencia de dos agravantes no supone la infracción denunciada en la demanda pues son de apreciar ambas al tener un perfil propio que impide confundirlas ya que, aparte de estar previstas legalmente de forma diferenciada, afectan a distintas personas y entrañan diferentes cuantías pues las retrocesiones vienen constituidas por un porcentaje de las comisiones pagadas por los clientes a las gestoras.

Tampoco es de recibo la existencia de más de una atenuante. En la demanda se postulan como atenuantes también la ausencia de dolo y culpa así como la colaboración con la CNMV por implementar las recomendaciones recibidas de la Administración. Sin embargo, ninguna de tales circunstancias está catalogada como atenuante. Ya vimos que en el caso concurre al menos la imprudencia o negligencia como forma de culpabilidad (si no existiera ni dolo ni culpa la misma existencia de la infracción se vería afectada ante la ausencia del elemento de la culpabilidad). Por otra parte, la implementación de las recomendaciones a que alude la demandante no implica colaboración en la investigación sino corrección de las deficiencias advertidas, ni tampoco supone la subsanación de la infracción por propia iniciativa, por lo que no se aprecian atenuantes adicionales a la única atenuante que han considerado las resoluciones recurridas.

En función de lo que acabamos de indicar no puede apreciarse un reproche de desproporcionalidad en la sanción impuesta teniendo en cuenta que se ha impuesto en

el tercio inferior y las circunstancias modificativas concurrentes, apareciendo, de otro lado, la imposición de la meritada sanción debidamente motivada en las resoluciones recurridas.

En la demanda se censura, por otra parte, el saldo medio del periodo considerado (un año), que excede del periodo objeto de inspección (seis meses), para el cálculo del exceso de comisiones y del porcentaje de las retrocesiones (incentivos contrarios a Derecho al entorpecer el cumplimiento de la obligación de la entidad actora de actuar en el interés óptimo del cliente). Ahora bien, dicho saldo medio del periodo considerado no ha tenido una influencia decisiva en el cálculo de la sanción, cuyo parámetro básico ha sido un porcentaje (legalmente previsto) de los recursos propios de la entidad recurrente, al que se ha añadido la valoración de las circunstancias modificativas de la responsabilidad (dos agravantes y una atenuante). Es de notar que las ganancias obtenidas por la entidad demandante se han debido considerar a efectos de proporcionalidad en orden a que la sanción impuesta no resultara más beneficiosa que el cumplimiento de la norma afectada, pero una vez cumplida esta finalidad no ha tenido un juego adicional para el cálculo de la sanción.

En definitiva, también este motivo de impugnación ha de fenecer.

SÉPTIMO.- El recurso que nos ocupa es similar al ya resuelto por nuestra sentencia de 29-9-2016, que desestimó el recurso nº 417/2015. Contra esta última sentencia se interpuso un recurso de casación, que fue desestimado por la sentencia del Tribunal Supremo de 18-10-2017 (recurso de casación nº 225/2016). En esta última sentencia se dice lo siguiente (en lo que ahora más interesa): <<Por ello, esta Sala, dando respuesta a la cuestión planteada en este recurso de casación que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, considera que:

1) resulta incompatible con la obligación de «comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes» prevista en el artículo 79 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, que las entidades que prestan servicios de inversión recomienden u ofrezcan a sus clientes inversores minoristas, inversiones en IIC que incorporen condiciones económicas, como las analizadas en este proceso, que objetivamente no sean las más beneficiosas para los mismos, en cuanto que, existiendo otras alternativas similares de inversión con menores costes de gestión, comporta soportar un sobrecoste en comisiones que no resulta acorde con el mercado de prestación de servicios de intermediación financiera.

2) también resulta incompatible con la obligación de «comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes», establecida en el artículo 79 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en relación con lo dispuesto en el artículo 59 b) ii) del Real Decreto 217/2008, de 15 de julio, que las entidades que prestan servicios de inversión apliquen un modelo de gestión de carteras estandarizado, en un entorno de arquitectura abierta o cerrada, que no comporte un incremento sustancial de las expectativas de rentabilidad ni una reducción del riesgo de pérdidas, que conlleve que las entidades de inversión perciban incentivos por la comercialización de IIC de otras entidades financieras que generan ingresos superiores a los estándares normales

devengados en la prestación de los servicios de intermediación, y que -como en el supuesto acreditado en este proceso- no redunden en una mejora de la calidad del servicio, cuando previamente no se haya informado y asesorado de forma personalizada y concreta y, por tanto, no genérica, al cliente sobre las características y el tipo de inversión.

--- en relación con el principio de culpabilidad, descartamos que el Tribunal de instancia haya inaplicado la jurisprudencia de esta Sala al apreciar la concurrencia del elemento subjetivo del injusto en la conducta infractora imputada a la entidad ---

Sostenemos, al respecto, que, tal como se razona en la sentencia impugnada, con rigor y solidez jurídica, no puede alegarse «incertidumbre normativa», ante una conducta consistente en canalizar las inversiones en IIC de los clientes a aquellos que «mayoritariamente» resulten más beneficiosas para la entidad financiera y que ocasionaban perjuicio económicos a los clientes, al deber soportar sobrecostes en comisiones excesivos, en relación con otras alternativas de inversión equiparables, en cuanto a las expectativas de rentabilidad económica.

Por ello, estimamos que la pretensión de que se revoque el pronunciamiento del Tribunal de instancia, por no apreciar la ausencia de culpabilidad, debido a la inconcreción e indeterminación de las obligaciones contenidas en el artículo 79 de la Ley del Mercado de valores y en el artículo 59 b) ii) del Real Decreto 217/2008, cuya definición se realiza mediante conceptos jurídicos indeterminados, carece de fundamento.

En lo relativo a la infracción del artículo 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y del artículo 106 de la Ley del Mercado de Valores (en la redacción dada por la Ley 2/2011), también rechazamos que la sentencia de instancia haya vulnerado el principio de proporcionalidad al sostener que la sanción impuesta a la entidad --- de --- de euros, no es desproporcionada en el tercio inferior correspondiente a las infracciones graves, teniendo en cuenta todas las circunstancias atenuantes y agravantes concretas>>.

OCTAVO.- La sanción se ha impuesto por la percepción de incentivos no permitidos en el ámbito de que se trata. La normativa que regula la materia exige como requisitos para que los incentivos sean permitidos la transparencia, el aumento de la calidad del servicio prestado al cliente y que no entorpezca el cumplimiento de la obligación de la empresa de actuar en el interés óptimo del cliente. Las resoluciones impugnadas pusieron en tela de juicio el cumplimiento del último requisito, y ello sin reconocer de forma expresa el cumplimiento de los dos primeros. Los hechos probados confirman el incumplimiento de aquel requisito, lo que supone que se percibieron incentivos no permitidos. Sobre esta base, ya se han analizado los requisitos de tipicidad, culpabilidad y adecuación a Derecho de la sanción impuesta. La transcripción parcial de la antedatada sentencia del Tribunal Supremo avala la suerte desestimatoria del actual recurso.

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