SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 7 DE FEBRERO DE 2018

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª
Recurso nº.: 302/2016
Ponente: Dª. Ana María Sangüesa Cabezudo
Acto impugnado: Resolución del Ministerio de Economía y Competitividad de 20 de julio de 2016, que confirma en reposición Orden del mismo Ministerio de 2 de julio de 2015
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a siete de febrero de dos mil dieciocho.

Visto por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el presente Recurso tramitado con el **número 302/2016**, seguido a instancia de **BANKINTER SA**, entidad representada por la procuradora Doña RSM y defendida por el letrado Don SIC, contra la Resolución de 21 de julio de 2016 del Subsecretario de Economía y Competitividad, dictada por delegación del Ministro de Economía y Competitividad, siendo demandada la Administración del Estado, representada y asistida por el Sr. Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 11 de marzo de 2016 la procuradora indicada, en nombre y representación de BANKINTER SA, presentó escrito interponiendo recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto ante el Ministro de Economía y Competitividad el 11 de agosto de 2015, contra la Orden del Ministro de Economía y Competitividad de 2 de julio de 2015 por la que resuelve los expedientes sancionadores acumulados incoados a Bankinter S.A, por infracciones muy graves de la Ley de Mercado de Valores (OM 4515) imponiéndole dos sanciones:

1) Una sanción de multa de 4 millones de euros (4.000.000 euros) por infracción del artículo 79 bis de la Ley 24/1998 de 28 de Julio del Mercado de Valores en relación con la realización del test de conveniencia o su realización inadecuada a los clientes que contrataron permutas financieras sobre tipo de interés en el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de enero del 2009, infracción tipificada como muy grave en el artículo 99 z) bis del mismo precepto legal. (Expediente 28/2013).

2) Una sanción de multa de cien mil euros (100.000 euros) por infracción del artículo 79 de la Ley 24/1998 de 28 de julio, del Mercado de Valores, en relación con la evaluación de la conveniencia de operaciones de compra de clientes minoristas sobre instrumentos financieros complejos (bonos estructurados) infracción tipificada como muy grave en el artículo 99 z) bis del mismo precepto legal. (Expediente 20/2014).

SEGUNDO.- Admitido a trámite el escrito se tuvo por interpuesto el recurso, previa la subsanación de defectos procesales, y se acordó su sustanciación de acuerdo con lo previsto en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contenciosa-administrativa, reclamando el expediente de la Administración, del que se dio traslado a la recurrente; ésta evacuó el traslado solicitando la ampliación del recurso a la expresa resolución de 20 de julio de 2016, y tras el acuerdo formal de ampliación, formuló escrito de demanda en el que tras exponer los hechos y fundamentos que estimó de aplicación, terminó suplicando que se dictara sentencia por la que se declare:

1) La nulidad de la Resolución expresa dictada el 21 de julio del 2016 por el Subsecretario de Economía y Competitividad, por delegación del Ministro de

Economía y Competitividad por la que se desestima la Orden del Ministro de Economía y Competitividad de 2 de julio de 2015 por la que se resuelve los expediente sancionadores acumulados incoados a Bankinter, por infracciones muy graves de la Ley de Mercado de Valores por los siguientes motivos:

a) Por encontrase el procedimiento sancionador caducado, al haber transcurrido 20 meses desde su incoación.

b) Subsidiariamente y en defecto de las pretensiones manifestadas en el apartado anterior, que se declare la nulidad del expediente, por la prolongación indebida de las actuaciones previas, habiendo realizado la Administración una utilización espuria y fraudulenta de lo previsto en el artículo 12 del Real Decreto 1398/1993.

c) Subsidiariamente respecto a lo anterior, se declare la disconformidad a Derecho de la Resolución impugnada y la plena nulidad de la misma por prescripción de la infracción imputada en el expediente 28/2013 de coberturas.

d) Subsidiariamente respecto a todo lo anterior por no ser subsumibles los hechos acaecidos en la descripción legal de la infracción imputada a mi mandante, de acuerdo con su interpretación razonable, vulnerándose así el principio de tipicidad.

e) Por no haberse demostrado la existencia de culpabilidad alguna de mi mandante en la comisión de los hechos que le son imputados, vulnerándose el principio de culpabilidad.

2) Subsidiariamente a lo anterior se declare la disconformidad a Derecho de la Resolución impugnada y la nulidad de la misma por vulneración del principio de proporcionalidad y, consecuentemente, se ajuste o modere la cuantía de la sanción impuesta de acuerdo con las circunstancias concurrentes, fijándola en el importe correspondiente a su grado mínimo establecido legalmente.

TERCERO.- Dado traslado de la demanda, la Abogacía del Estado presentó escrito en el que, se opuso a la demanda en mérito a los hechos y fundamentos que estimó de aplicación al caso, y terminó suplicando que se dictara sentencia de conformidad a derecho.

CUARTO.- A instancia de la parte actora se fijó la cuantía del recurso en 4.100.000 euros, tras lo cual las partes presentaron escritos de conclusiones en los que reiteraron los pedimentos de la demanda y contestación.

QUINTO.- Cumplidos los trámites, quedaron los autos pendientes de señalamiento para votación y fallo, el cual quedó fijado para el día 16 de enero de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Hechos que han dado lugar al recurso.

A la vista del informe razonado sobre determinados incumplimientos de BANKINTER en relación a la comercialización y colocación de permutas sobre tipos de interés del Departamento de Supervisión ESI-ECA de la Dirección General de Entidades de 26 de junio de 2012 y del Dictamen de legalidad del Departamento del Servicio Contencioso y del Régimen sancionador de 22 de noviembre de 2013, el Comité Ejecutivo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores en su reunión de 28 de noviembre de 2013, acordó incoar expediente sancionador a BANKINTER SA por la presunta comisión de una falta muy grave del artículo 99 letra z bis de la Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores, vigente a partir de 21 de diciembre de 2007 y hasta el 6 de marzo de 2011 por incumplimiento de lo establecido en el artículo 79 bis por no realización del test de conveniencia o su realización inadecuada a los clientes que contraten permutas financieras sobre tipos de interés (expediente 28/2013 -expediente coberturas-).

A la vista de un nuevo "Informe sobre determinados incumplimientos detectados por la Inspección a BANKINTER" del Departamento de Supervisión ESI-ECA de la Dirección de Entidades de 8 de abril de 2014 y del Dictamen de legalidad del Departamento del Servicio Contencioso y del Régimen sancionador de 3 de junio de 2014, con fecha 5 de junio de 2014 el Comité Ejecutivo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores acordó incoar expediente sancionador a BANKINTER SA por la presunta comisión de una falta muy grave del artículo 99 letra z bis de la Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores, según redacción dada por la Ley 2/2010 por incumplimiento de lo establecido en el artículo 79 bis del mismo texto legal, en relación con la evaluación de la conveniencia en operaciones de compra de clientes minoristas, sobre instrumentos financieros complejos (bonos estructurados).

Y a su vez acumuló el procedimiento indicado (20/2014 -expediente bonos-) al incoado con fecha 28 de noviembre de 2013 con el número 28/2013, al amparo de lo establecido en el artículo 73 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Los hechos analizados han tenido lugar en distintos periodos temporales: en el expediente núm. 28/2013 referente a las permutas de tipos de interés comercializadas entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de enero de 2009, y el 20/2014 se refiere a los bonos estructurados comercializados entre el 1 de septiembre de 2011 y el 29 de febrero de 2012, y en el periodo comprendido entre el 24 de abril del 2013 y el 24 de mayo de 2013.

Como resultado del procedimiento se impusieron a la demandante las dos sanciones que son objeto del presente recurso, del que hemos de analizar cada uno de los motivos opuestos.

SEGUNDO.- Caducidad del procedimiento sancionador.

2.1.- El demandante alega en primer lugar que el procedimiento sancionador ha

caducado, toda vez que el denominado expediente de "coberturas" tuvo una duración de 20 meses, cuando a tenor de lo establecido en el artículo 2 del Real Decreto 2119/1993 de 3 de diciembre, sobre procedimiento sancionador, aplicable a los sujetos que actúan en los mercados financieros el plazo total para resolver y tramitar el procedimiento es de un año a contar desde la adopción del acuerdo de incoación. Sostiene que se ha producido una prolongación artificial, y en perjuicio del derecho de defensa de mi representada, de las diligencias previas a la incoación de ambos expedientes y de los plazos legalmente establecidos para su tramitación, una vez iniciados, habiendo transcurrido más de cinco años entre el inicio de las primeras actuaciones de inspección y la resolución de los expedientes.

1) Durante la tramitación del procedimiento sancionador, una vez abierto formalmente, la Administración ha intentado cubrir sus periodos de inactividad utilizando de forma artificiosa los siguientes mecanismos que establece la ley para supuestos excepcionales, con la única finalidad de evitar la caducidad incurriendo en fraude de Ley. Así:

   a. Después de una paralización de cuatro meses en el expediente *"Coberturas"*, se decreta la acumulación del expediente *"Bonos"* contradiciendo lo establecido en el artículo 73 de la entonces vigente Ley 30/19992 de 26 de Noviembre del Régimen Jurídico de las Administraciones Publicas y Procedimiento Administrativo Común.

   b. Casi al vencimiento del año desde la incoación del expediente "*Coberturas*", se acuerda la ampliación del plazo para resolver, con una motivación genérica no justificada, amparada únicamente en las circunstancias derivadas de la acumulación improcedente cuyo efecto real se había limitado a una única actuación, acordada dos meses antes, y consistente en que la propia Administración actuante, la CNMV, se solicitaba un informe interno, irrelevante para el expediente *"Coberturas"* y de contenido no justificativo de la ampliación para el expediente *"Bonos"*.

   c. Tres meses después de acordada la ampliación, y sin mediar actividad alguna, se decide la remisión de la propuesta de resolución para Informe del Banco de España y se acuerda la suspensión del plazo para resolver sin que dicho Informe reúna los requisitos que exige el artículo 42.5 c) de la Ley 30/1992 para que proceda dicha suspensión por carecer el mismo del carácter de *"determinante"*.

   d. Y ya en el paroxismo de la dilación injustificada del procedimiento, incluso la resolución expresa del recurso de reposición interpuesto por esta parte contra la OM en discusión se resuelve expresamente, también de manera extemporánea por la Administración únicamente cuando es requerida por la Sala a que tenemos el honor de dirigirnos para que remita el expediente administrativo, siendo que dicha resolución expresa se limita a reproducir íntegramente el texto de la propia Resolución sancionadora obligando a esa Sala a suspender el procedimiento añadiendo más tiempo a la revisión de dicha Resolución.

2.2.- Con objeto de acometer el adecuado análisis de los motivos que esgrime la parte demandante, hemos de exponer los hitos del procedimiento, que comprende dos expedientes sancionadores distintos incoados en momentos diferentes, sobre la base de otros tantos informes procedentes del Departamento de Supervisión ESI-ECA de la Dirección General de Entidades.

Expediente 28/2013 ("*Coberturas*"):

- Acuerdo de incoación de 28 de noviembre de 2013.

- Pliego de Cargos: 13 de enero de 2014.

- Comparecencia: 17 de enero de 2014.

- 24 de enero de 2014: Solicitud de prórroga del plazo de 20 días para hacer alegaciones por parte de BANKINTER. Hace referencia al volumen de operaciones que ha de analizar -365- y a la necesidad de consultar un volumen elevado de documentación para poder realizar una eficaz defensa.

- Providencia de 29 de enero de 2014 concediendo 10 días más para alegaciones.

- Alegaciones al Pliego de cargos de 17 de febrero de 2014 (comprende 72 folios y documentos).

Expediente 20/2014 ("*Bonos*"):

- Acuerdo de Incoación: 5 de junio de 2014 y acumulación del procedimiento al tramitado con el número 28/2013.

- Petición de Prórroga para realizar alegaciones (24 de junio de 2014), invocando la existencia de 1264 operaciones, en términos semejantes a la petición precedente.

- Alegaciones al Pliego de cargos de 22 de julio de 2014.

- Providencia motivada de 10 de septiembre de 2014 acordando abrir el periodo de Prueba (folio 816 y ss), y la práctica de la solicitada por BANKINTER, detallada en el primer otro si del escrito de alegaciones. A la vista de estas se acuerda solicitar la aportación de varios documentos que cita en el escrito de alegaciones, y, como quiera que obra una negación o matización de los hechos, referidos a la información disponible de los clientes, que permite evaluar la conveniencia de operaciones, se acuerda:

  En consecuencia, y a la vista de las alegaciones que se han presentado frente a los Pliegos de cargos y la documental anexa aportada, considerando su incidencia en los hechos que constan en los citados Informes razonados, los Instructores aprecian que resulta procedente la apertura de un período de prueba al objeto de fijar con exactitud los hechos objeto de imputación, a fin de concluir sobre su posible ilicitud, su consecuente

calificación como infracción y el grado de responsabilidad que se derivaría de la misma.

Todo ello requiere que por parte de la unidad responsable de la emisión de los Informes razonados de los que traen causa los procedimientos sancionadores en curso, se resuelvan las cuestiones fácticas planteadas en las alegaciones. Así, en relación con el expediente 28/2013 y en contestación a la petición de la representación legal de la expedientada, ha de aportar al órgano instructor, para su incorporación al expediente, los documentos indicados en el apartado I. a) del Fundamento Cuarto anterior.

Asimismo, procede que el DSEE lleve a cabo la valoración desde el punto de vista técnico, de las cuestiones de orden fáctico que han resultado controvertidas, a consecuencia de las alegaciones presentadas por la representación legal de la expedientada, a fin de que se proceda con posterioridad, por el órgano instructor y en el momento procesal que corresponda, a su oportuna calificación jurídica y se establezcan -en su caso- las responsabilidades que de ellos puedan derivarse. A tal efecto los instructores cursarán la oportuna Diligencia de solicitud de Informe técnico, remitiendo copia de las alegaciones formuladas -en las cuestiones que han de ser objeto de análisis-, y su correspondiente documentación anexa.

- Petición del Departamento de Supervisión de Entidades ESI-ECA de 22 de septiembre de 2014 de una prórroga de 5 días para la emisión del informe solicitado en trámite de prueba (folio 844).

- En el mismo día se acuerda una ampliación del periodo de prueba por 5 días más.

- 1 de octubre de 2014, se aporta el informe por el Departamento de Supervisión de Entidades ESI-ECA, en el que se responde a las alegaciones de BANKINTER.

- 16 de octubre de 2014: Propuesta de resolución.

- 27 de octubre de 2014: solicitud de prórroga para formular alegaciones a la propuesta de resolución (folio 997), que se concede. En la petición refiere la representante de la entidad que en su día se concedió un plazo de 5 días más al Departamento de Supervisión de Entidades ESI-ECA, que evidencia "la complejidad de las cuestiones analizadas".

- 28 de octubre de 2014: Propuesta motivada de ampliación de plazo en los expedientes acumulados. En ella se hace una relación de los procedimientos y sus diferentes trámites y se argumenta, que:

  "Al producirse la acumulación del expediente n° 20/2014 al 28/2013, ya habían transcurrido más de 6 meses de tramitación de este último, restando tan sólo cinco meses para la conclusión de todo el expediente, tiempo claramente insuficiente para la práctica de todos los actos de instrucción necesarios para tramitar el expediente incoado con fecha de 5 de junio, cuya tramitación exigió la notificación de un nuevo acuerdo de iniciación, así como la formulación de un Pliego de cargos específico -notificado el 16 de junio de 2014-, en el que se concretaron los hechos imputados. A dicho trámite, hubo de

concederse plazo de alegaciones que fueron presentadas el 22 de julio de 2014. A la vista de las complejas alegaciones formuladas, se solicitó la realización de un informe técnico por parte del Departamento de Supervisión de ESI-ECA, que fue elaborado el 1 de octubre de 2014. Posteriormente, con fecha 16 de octubre de 2014 se formuló Propuesta de Resolución, que se pronunció ya de forma conjunta sobre los hechos imputados en los dos Pliegos de cargos notificados, si bien realizando la adecuada distinción fáctica y jurídica aplicable a las diversas infracciones observadas.

Por tanto, para la realización de las actuaciones posteriores, con el fin de igualar el estado procedimental de ambos expedientes, se consumieron otros 4 meses adicionales, hasta que, como se ha dicho, el 16 de octubre de 2014, tras el período de prueba, se redactó la Propuesta de Resolución conjunta, cuyas alegaciones están pendientes de ser recibidas. A mayores, tratándose de una infracción muy grave, debe remitirse el expediente al Ministerio de Economía para su resolución, por lo que teniendo en cuenta que la fecha inicial a efectos del cómputo de caducidad, se ha de fijar en el 28 de noviembre de 2013 - fecha de incoación del primero de los procedimientos acumulados-, ambos expedientes caducarán el 28 de noviembre de 2014, quedando apenas un mes para culminar toda la tramitación, lo que resulta totalmente inviable".

- 30 de octubre de 2014: Acuerdo del Comité Ejecutivo acordando ampliar, por el tiempo máximo legalmente permitido (seis meses), el plazo total para tramitar y resolver los expedientes sancionadores incoados a BANKINTER, SA, por Acuerdo del Comité Ejecutivo de la CNMV de fecha 28 de noviembre de 2013 (expediente 28/2013) y por Acuerdo del Comité Ejecutivo de la CNMV, de fecha 5 de junio de 2014, acumulado al anterior, (expediente nº 20/2014), así como los plazos parciales de los sucesivos trámites que corresponda realizar.

- 21 de noviembre de 2014: Alegaciones a la propuesta.

- 17 de febrero de 2015 se eleva la propuesta de resolución.

- 19 de febrero de 2015: El Comité Ejecutivo de la CNMV remite propuesta de resolución al Banco de España y se acuerda la suspensión al amparo del artículo 42.5 c) de la Ley 30/1992, que es del siguiente tenor:

  "Conforme a lo establecido en el artículo 97 de la LMV, remitir la propuesta de resolución de los expedientes sancionadores acumulados incoados a BANKINTER, SA a Banco de España a fin de recabar su informe preceptivo y suspender, en virtud de lo dispuesto en el artículo 42.5.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el plazo máximo legal para resolver el procedimiento y notificar su resolución, por el plazo que medie entre esta solicitud de informe al Banco de España y la recepción de éste por el Consejo de la CNMV, sin que el plazo de suspensión pueda exceder de tres meses".

- 18 de mayo de 2015: El Banco de España emite informe en relación con el asunto "Borrador de Propuesta de resolución de los expedientes sancionadores acumulados incoado:) a BANKINTER S.A.", que es del siguiente tenor: *" … procede informar lo*

siguiente:

Vista la propuesta de resolución remitida, el Banco de España, desde la perspectiva de sus competencias de supervisión prudencial de la solvencia y estabilidad de las entidades de crédito, considera que las multas propuestas a Bankinter, S.A., por importe de cuatro millones de euros y cien mil euros, respectivamente, no afectan de forma relevante a la solvencia y situación patrimonial de esta entidad, por lo que no procede formular observaciones a las sanciones propuestas".

- Con fecha 25 de mayo de 2015 se levanta la suspensión con efectos 18 de mayo de 2015, y el día 15 de julio de 2015 se dicta la resolución sancionadora.

2.3.- Acumulación.-

La posibilidad de acumulación de procedimientos aparece contemplada en el artículo 73 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que dispone que *"El órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación, podrá disponer su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión. Contra el acuerdo de acumulación no se dará recurso alguno".*

El acuerdo de acumulación que se cuestiona, y se reputa dictado en fraude de ley a fin de evitar la caducidad del primer procedimiento incoado, tomó en consideración que los procedimientos sobre los que se planteaba la acumulación eran susceptibles de ser tramitados de forma conjunta por razones de economía y eficacia. Se valoró no solo los incumplimientos detectados en cada caso (no realización del test de conveniencia o realización no adecuada en la contratación de permutas sobre tipos de interés; y falta de evaluación de la conveniencia de contratación de productos financieros complejos), así como los periodos en los que tuvo lugar cada uno de los incumplimientos en el tiempo (en el expediente núm. 28/2013 referente a las permutas de tipos de interés comercializadas entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de enero de 2009, y el 20/2014 se refiere a los bonos estructurados comercializados entre el 1 de septiembre de 2011 y el 29 de febrero de 2012, y en el periodo entre el 24 de abril del 2013 y el 24 de mayo de 2013). Destaca que en ambos casos la entidad no cumplidora es la misma y el precepto vulnerado - artículo 79 LMV- también es el mismo en ambos casos.

La motivación ofrecida en el acuerdo de acumulación es adecuada a derecho en el sentido de que sí que se observa una conexión entre ambos procedimientos, que deriva de la presencia de una única entidad de crédito, que tras ser sometida a supervisión se comprueba que no ha seguido un código de conducta legalmente establecido en orden a la información y advertencias que debe hacer a sus clientes en el momento de contratar determinados productos. En este sentido se advierte una conexión entre ambos procedimientos, que permite la acumulación de procedimientos puesto que en ambos hay un comportamiento que se desarrolla en torno al cumplimiento de unas obligaciones legales referentes a los procedimientos de información y evaluación de conveniencia.

Como quiera que la demandante denuncia una actuación en fraude de ley, al objeto de evitar la caducidad del procedimiento de coberturas, hemos de ver si la apariencia de legalidad que luce en la motivación de la CNMV es acorde con los hechos que resultan del procedimiento, o si, por el contrario, puede vislumbrarse un motivo espurio que el ordenamiento jurídico no puede acoger.

El procedimiento en cuestión tiene una duración ordinaria de 12 meses, que se computan desde la fecha de incoación a la fecha de notificación de la resolución que pone fin al procedimiento (artículo 2 RD 2119/1993). En el momento de acordar la acumulación, en el procedimiento 28/2013 incoado el 28 de noviembre de 2013, que debía concluir el 28 de noviembre de 2014, habían transcurrido 6 meses y 7 días; luego restaba prácticamente la mitad del procedimiento para la práctica de prueba, la petición de informes, propuesta de resolución, alegaciones, elevación de la propuesta de resolución al Ministerio de Economía, petición de informe al Banco de España y elaboración de la resolución y su notificación. Esos trámites se desarrollaron en este caso, entre septiembre de 2014 y julio de 2014 (11 meses), periodo durante el que la parte solicitó la prórroga del plazo de alegaciones de 20 días por 10 días más, debido a la complejidad de la causa, al igual que el Departamento de Supervisión que pidió una ampliación del plazo para evacuar su informe, a lo que ha de añadirse una suspensión de 3 meses para los trámites del artículo 97 de la LMV, acordada en virtud de lo establecido en el artículo 42.5 c)de la Ley 30/1992.

Pues bien, si restamos a ese periodo los 3 meses de suspensión y las prórrogas solicitadas (15 días hábiles), resulta que la tramitación conjunta de los dos procedimientos sancionadores desde la prueba –siempre más compleja y laboriosa- habría consumido algo más de 7 meses. De ahí que teniendo en cuenta la entidad de los procedimientos, y la complejidad reconocida e invocada por la actora en sus peticiones de prórroga, mal puede afirmarse que se acordó la acumulación en fraude de ley, porque de haberse tramitado un solo procedimiento normalmente se hubiera culminado en menor tiempo (por la menor complejidad), y por consiguiente dentro del plazo legal.

El devenir de los acontecimientos, permite cuestionar los argumentos de la actora, puesto que la acumulación era posible, y tras la ponderación de su eficacia por la CNMV se acordó; de modo que el primer procedimiento quedó en suspenso hasta que ambos llegaron a un mismo hito procedimental. Pero no cabe considerar la utilización de este mecanismo de procedimiento como medio para eludir una consecuencia como la caducidad, cuando se aprecia que existía un margen razonable para poder concluir el procedimiento. Se desestima el motivo.

2.4.- Siguiendo esta línea argumental la demandante entiende que se amplió el plazo de duración del procedimiento de forma anómala, con idéntica finalidad de eludir la caducidad.

El acuerdo de ampliación se dictó de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 del RD 2119/1993:

´El plazo total para tramitar y resolver el procedimiento sancionador será de un año a contar

desde la adopción del acuerdo de iniciación', si bien *"tanto el plazo total como los parciales previstos (...) para los distintos trámites, podrán ser ampliados según lo previsto en el apartado 1 del artículo 49 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, debiéndose notificar la decisión adoptada a los interesados.*

El citado artículo 49 de la Ley 30/1992 (LRJPAC), faculta a la Administración para acordar de oficio una ampliación de los plazos establecidos que no exceda de la mitad de los mismos, si las circunstancias lo aconsejan y con ello no se perjudican derechos de tercero.

El acuerdo de ampliación de plazos requiere una motivación suficiente, conforme al artículo 54.1 e) de la Ley 30/1992, que hace posible no solo una exteriorización formal de las razones que han llevado a la CNMV a la adopción del mismo, sino que además permite el control de la legalidad de ese acto, con objeto de verificar si se ha adoptado de forma adecuada a sus fines (artículo 53.2 Ley 30/1992), o si es el resultado de la arbitrariedad o la desviación de poder (artículo 9.3 CE y 70.2 y 3 LJCA).

Pues bien, partiendo de estas premisas, el examen del acuerdo de ampliación - que ha quedado trascrito en el punto 2.2. del Fundamento de Derecho Segundo-, y de la motivación ofrecida por la CNMV nos lleva a considerar que no hay razón alguna que apoye a través de los hechos o a través de indicios las afirmaciones de la demandante. En efecto, el acuerdo de ampliación da razón detallada de lo acaecido en el procedimiento y de la necesidad de esperar a que ambos expedientes lleguen a un mismo estadio de tramitación, para lo cual se hace precisa la ampliación, computando el total desde el acuerdo de inicio del procedimiento de coberturas. No existe, por tanto, atisbo de arbitrariedad o de la utilización de la ampliación para poder eludir de forma artificiosa la caducidad.

La complejidad del asunto, unido al volumen de información manejada hace adecuada en este caso la ampliación que ha venido poniéndose en tela de juicio. Se desestima el motivo.

2.5.- Por último, la demandante considera que el plazo de suspensión aplicado en el procedimiento al amparo del artículo 42.5 c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, a fin de poder evacuar el informe del artículo 98 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores por parte del Banco de España, resulta inadecuado, porque la suspensión puede concederse únicamente cuando el informe solicitado es preceptivo y determinante del resultado del acuerdo que pone fin al expediente; lo que no tiene lugar en el caso analizado.

El artículo 97 de la LMV dispone en su apartado 1. : "…*Cuando la entidad infractora sea una entidad de crédito española o una sucursal de una entidad de crédito de un Estado que no sea miembro de la Unión Europea, será preceptivo para la imposición de la correspondiente sanción por infracciones graves o muy graves, el informe del Banco de España".*

La sentencia de 8 de julio de 2010 (Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, Sentencia de 8 Julio 2010, Rec. 72/2010) recuerda que el artículo 42.5 c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, es aplicable en los supuestos de procedimiento sancionador en materia de infracciones de mercado de valores y, en consecuencia, constituye un supuesto de suspensión del plazo máximo legal para resolver el procedimiento y notificar la resolución.

En el caso concreto analizado en dicho recurso, en el que se cuestionaba la caducidad del procedimiento, la sentencia sostiene que la solicitud del informe preceptivo ex artículo 97.1.c) de la Ley 24/1988, de 28 de Julio, de Mercado de Valores determinó la suspensión del plazo para dictar la correspondiente resolución. En definitiva reconoce de forma implícita que ese informe no solo es preceptivo sino determinante de la sanción, puesto que se acuerda al amparo de lo establecido en el artículo 42.5 c) de la Ley 30/1992, y este precisa que *"5**.** El transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se podrá suspender en los siguientes casos: c) Cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses"*.

Dicha conclusión resulta coherente con la dinámica del procedimiento sancionador, ya que ese informe tiene por objeto conocer si el monto total de la sanción afecta de forma relevante a la solvencia y situación patrimonial de esta entidad, en cuyo caso el Banco puede formular observaciones. En consecuencia, la adopción del acuerdo de suspensión tiene entidad para suspender el procedimiento, y en este caso, ello comporta una prolongación del plazo de resolución y notificación de 3 meses amparada por el texto de la norma invocada. El motivo decae.

TERCERO.- Actuaciones previas efectuadas en fraude de ley. Utilización abusiva en fraude de ley.

3.1.- La demandante invoca que se ha producido una prolongación artificial de las actuaciones previas, que precedieron a los acuerdos sancionadores. Así, alega que las actuaciones previas comenzaron en el expediente de coberturas el 15 de junio de 2011 y finalizaron el 28 de noviembre de 2013, prolongándose más de 2 años y 5 meses, y en el expediente de bonos comenzaron el 28 de marzo de 2012 y finalizaron el 8 de junio de 2014, habiendo transcurrido más de dos años. Estas actuaciones son desproporcionadas, siendo así que la Administración contaba con información suficiente para incoar el procedimiento sancionador.

El artículo 69.2 de la Ley 30/1992 establece que con anterioridad al acuerdo de iniciación de un procedimiento administrativo puede el órgano competente *"abrir un período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento"*. En el marco del procedimiento sancionador, el artículo 12 del Real Decreto 1398/1993 señala que:

"*1. Con anterioridad a la iniciación del procedimiento, se podrán realizar actuaciones previas con objeto de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen tal iniciación. En especial, estas actuaciones se orientarán a determinar, con la mayor precisión posible, los hechos susceptibles de motivar la incoación del procedimiento, la identificación de la persona o personas que pudieran resultar responsables y las circunstancias relevantes que concurran en unos y otros.*

2. Las actuaciones previas serán realizadas por los órganos que tengan atribuidas funciones de investigación, averiguación e inspección en la materia y, en defecto de éstos, por la persona u órgano administrativo que se determine por el órgano competente para la iniciación o resolución del procedimiento."

La sentencia de esta Sala de 29 de septiembre de 2016 (Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, Sentencia 593/2016 de 29 Septiembre 2016, Rec. 367/2015), en un caso semejante seguido a instancia de la misma entidad señala que *"estas actuaciones previas comparten finalidad con las propiamente instructoras aunque tienen mero carácter preliminar y habrá de verse si las realizadas en el caso de autos, por su duración y contenido, se efectuaron en fraude de ley de cara a eludir las garantías que el procedimiento sancionador confiere al investigado o para eludir los plazos de caducidad marcados para el procedimiento sancionador mediante el subterfugio de desplazar a esta fase preliminar toda la investigación propiamente dicha en lugar de limitarse a comprobar si concurren las circunstancias que justifiquen la incoación del procedimiento sancionador.*

Dicho lo anterior no es criterio determinante de fraude de ley el que los datos obtenidos o aportados durante las diligencias previas fueran los que básicamente sirvieran para dar lugar a la sanción una vez abierto el procedimiento sancionador, pues si las diligencias se adaptan a la finalidad recogida en el art. 12 del RD 1398/1993 pueden ser por si mismas reveladoras del hecho a sancionar y de las personas responsables sin necesidad de posterior actividad probatoria".

Y además examina las actuaciones concretas que aquí se cuestionan para concluir que no hubo una utilización fraudulenta del procedimiento, en atención a la pluralidad de acciones llevadas a cabo en el marco de las actuaciones de supervisión e inspección que le correspondía a la CNMV; y así, razona la sentencia que: "*Con base a lo anteriormente señalado, tampoco podemos hablar en el caso de autos de una duración excesiva de estas actuaciones previas.*

En primer lugar es de señalar que la normativa aplicable al caso no establece plazo máximo de duración para las mismas a diferencia de lo que ocurre en otros ámbitos normativos como el de la protección de datos donde vemos que el RD 1720/2007, que aprobó el Reglamento de la LO de Protección de Datos, en su art. 122-4 establece que estas actuaciones previas tendrán una duración máxima de doce meses, contados desde la denuncia, con la consecuencia de la caducidad de las que actuaciones que excedan dicho plazo antes de que haya sido dictado y notificado acuerdo de inicio de procedimiento sancionador (de ahí la irrelevancia de las jurisprudencia de la que se hace cita basada en protección de datos).

En segundo lugar, en el caso de autos es cierto que dicho plazo es superior a dos años pero,

como acertadamente pone de relieve el Abogado del Estado y omite valorar la recurrente, las actuaciones realizadas durante esta fase no se centraron exclusivamente en el análisis de los hechos a los que se refiere el presente procedimiento sancionador aquí enjuiciado (inclusión de clases de acciones de IIC extranjeras con condiciones económicas peores que otras disponibles en el mismo compartimento, en las carteras gestionadas discrecionalmente y en las recomendaciones de inversión realizadas en el ámbito del asesoramiento en materia de inversión), sino que abarcaron un amplio abanico de cuestiones objeto de control e inspección y que han dado lugar a la apertura de otros procedimientos sancionadores frente a la Entidad (la inspección iniciada era general de acuerdo con el plan anual de inspecciones de 2012 y el período revisado durante la inspección fue el comprendido entre el 01/09/2011 y el 29/02/2012 - 6 meses - y se incluyen también los resultados de una revisión puntual de las emisiones de bonos estructurados XXII y XXIV, de mayo de 2013). Puede verse al respecto el contenido de la carta de relación de hechos de 27-11-2013 donde se le indica que: "En particular y sin menoscabo de todos los hechos comunicados, resultan destacables los relativos a la evaluación de conveniencia, principalmente en la comercialización de bonos estructurados, y a la comercialización de clases de IIC extranjeras en el ámbito del asesoramiento y de la gestión discrecional de carteras", detallándose otros hechos:

- *Relativos a la evaluación de la conveniencia y al servicio de recepción y transmisión y ejecución de órdenes.*

- *Relativos a la evaluación de la idoneidad y a los servicios de gestión de carteras y asesoramiento en materia de inversión.*

- *Relativos a la salvaguarda de documentación (documentación acreditativa del análisis de conveniencia e idoneidad).*

- *Relativos a la catalogación de instrumentos financieros.*

- *Relativos a la comercialización de instrumentos financieros.*

- *Relativos a los informes de cumplimiento normativo.*

- *Relativos a los conflictos de interés.*

- *Relativos a agentes.*

- *Relativos a la comunicación de operaciones sospechosas.*

Todo ello sin olvidar que la parte actora en su esquema menciona única y exclusivamente aquellas actuaciones que se han llevado a cabo que han requerido su participación, pero omite todas aquellas de naturaleza interna que se han producido: …».

Estos mismos razonamientos son aplicables, en lo que se refiere al expediente de bonos donde la amplitud del procedimiento justifica la prolongación de las actuaciones.

3.2.- Pero lo mismo cabe decir del expediente de coberturas y sus actuaciones previas,

pues la propia demandante reconoce en su demanda (páginas 2 y 3) que existieron varios procedimientos de inspección; uno desarrollado entre 2007 y 2008, en el curso del cual la CNMV puso de manifiesto ciertas recomendaciones respecto a la evaluación de la conveniencia que BANKINTER aplicaba (12 de noviembre de 2008, 30 de enero de 2009, 19 de enero de 2010). Este procedimiento es independiente del iniciado el 15 de junio de 2011 que da lugar a la sanción ahora discutida, y de hecho en la comunicación de 19 de enero de 2010 la CNMV advierte que no había hecho un análisis detallado de la evaluación de la conveniencia y que la entidad podría verse sujeta a nuevas actuaciones de inspección, como efectivamente sucedió después.

Estas actuaciones previas o preliminares no se han prolongado más allá de lo razonable habida cuenta del volumen de la información a examinar, y de la necesidad de contrastar la misma, junto a las alegaciones que efectuó la actora. En efecto, el periodo objeto de inspección se prolonga de 1 de enero de 2008 a 31 enero de 2009. Se realizaron un total de 7.348 operaciones de permutas financieras de tipos de interés, que en su mayoría arrojaron un resultado negativo para el cliente. Como se ha dicho, el primer requerimiento lleva data de 15 de junio de 2011; tras el que se producen sendas actuaciones: contestación de 18 de julio de 2011; segundo requerimiento el 20 de diciembre de 2011; nueva contestación de 3 de enero de 2012; requerimiento de 22 de febrero de 2012; contestación de 7 de marzo de 2012; Informe del DSEE de 3 de abril de 2012; presentación de documentación adicional de 14 de septiembre de 2012 por la demandante; solicitud de nuevo informe a la vista de la documentación de 25 de septiembre de 2012; nuevo requerimiento de 14 de noviembre de 2012; contestación de la entidad de 27 de noviembre de 2012; informe complementario de 27 de diciembre de 2012, dictamen de legalidad de 22 de noviembre de 2013 de calificación de los hechos como presuntas infracciones; Acuerdo de 28 de noviembre de 2013 de incoación del procedimiento.

La entidad de las actuaciones y el volumen de operaciones a analizar -que se exponen con detalle en los acuerdos de incoación y en los posteriores acuerdos sancionadores-, reflejan la necesidad de una investigación previa a orden a determinar con exactitud los hechos y su alcance, así como la conveniencia de incoar el procedimiento. Estas actuaciones carecen de un plazo determinado, a diferencia de lo que sucede en otros ámbitos (Protección de datos -artículo 122.4 Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal-; Subvenciones -artículo 49.7 Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones-, o procedimientos tributarios -artículo 150.1 Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria-), de modo que pueden prolongarse durante el tiempo necesario para determinar si existen motivos para la incoación del procedimiento. El Tribunal Supremo ha remarcado que "*no puede admitirse que la duración de la fase preliminar a la incoación del expediente sea acumulable a los plazos máximos aplicables al procedimiento sancionador propiamente dicho, que es el único sujeto a las exigencias de caducidad*", y niega que las llamadas diligencias previas o información reservada esté sujeta a plazo *"En la medida en que aquellas diligencia previas o preparatorias sirvan al fin que realmente las justifica, esto es, reunir los datos e indicios iniciales que sirvan para juzgar sobre la pertinencia de dar paso al expediente sancionador, y no se desnaturalicen transformándose en una*

alternativa subrepticia a este último, ninguna norma las somete a un plazo determinado y, por lo tanto, no quedan sujetas al instituto de la caducidad". (Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, Sentencia de 14 Junio 2013, Rec. 3568/2010, con referencia a la de 26 Diciembre 2007, Rec. 1907/2005).

Debe añadirse, en línea con la doctrina del Alto Tribunal, que el hecho de que la voluntad legislativa no haya impuesto una duración máxima al plazo de las diligencias preliminares no puede ser combatida *"con la mera cita del principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la Constitución), pues aquel principio no se vulnera porque unas determinadas actuaciones de investigación se desarrollen durante un período temporal u otro, excluidas como están del régimen de caducidad aplicable a los verdaderos procedimientos sancionadores"*. (Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, Sentencia 2418/2016 de 11 Noviembre 2016, Rec. 617/2016). El motivo debe desestimarse.

CUARTO.- Prescripción de la infracción.

4.1.- A través de este motivo la parte demandante insiste en lo alegado en vía administrativa, en orden a hacer valer la prescripción de la infracción, por el transcurso de 5 años desde la firma de cada uno de los contratos de permuta de tipos de interés. Sostiene que el artículo 132.2 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece que el plazo de prescripción de las infracciones comenzará a contarse desde el día en que la infracción se hubiera cometido. Por tanto, habrá que fijar el *"dies a quo"* de la comisión de la infracción teniendo en cuenta que la infracción que se le imputa a Bankinter, es la comisión de una infracción muy grave por el incumplimiento del artículo 79 bis) LMV, en relación con la no realización del test de conveniencia o su realización inadecuada a los clientes que contrataron permutas financieras sobre tipos de interés, en el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2008 hasta el 31 de enero del 2009. Pues bien, la infracción que supuestamente ha cometido Bankinter se define como el incumplimiento de la obligación de obtener la información necesaria para saber si el producto concreto era conveniente para el cliente concreto, evaluar dicha información y, en su caso, realizar las advertencias oportunas personalizadas para cada cliente en cuestión.

La conclusión de que las obligaciones están referidas a un caso concreto, a un cliente concreto, a un producto concreto, y por tanto, en un momento concreto, que deberá ser inmediatamente anterior a aquel en el que se produce la concreta celebración del contrato, como es lógico.

Por tanto, no podríamos hablar en ningún caso de una infracción continuada, sino de varias infracciones que se consuman en el mismo momento en que se contrata cada uno de los productos. Es más, el artículo 4.6 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto por el que se aprueba el Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora define la infracción continuada como *"la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión"*.

4.2.- La resolución impugnada detalla, como ya obra en los informes previos, que existe un defecto estructural en la contratación de estos productos, puesto que las deficiencias se extienden con carácter general a una pluralidad de contratos, en los que existen fallos y deficiencias no solo en el modelo de recogida de la información, sino en la evaluación de la conveniencia, que no se realiza de forma personalizada y concreta, sino que se deja al análisis del propio cliente de forma contraria a la LMV. En consecuencia, no cabe entender que se trata de un comportamiento puntual que afecte a un cliente, o varios, también de forma puntual, sino que se extiende de forma generaliza, de ahí que sea adecuado calificar la infracción como infracción continuada, y sea sancionada como tal sin atender al alegato de la demandante.

El artículo 4.6 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, establece que *"Asimismo, será sancionable, como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión"*. La infracción se caracteriza por la presencia de una "*unidad de la infracción*" que por ello se asocia a una única sanción (Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, Sentencia de 11 Octubre 2017, Rec. 474/2016). Y es precisamente lo que sucede en este caso, en el que a lo largo de un prolongado periodo de tiempo, se vulnera un mismo precepto, con ocasión de la comercialización de un mismo tipo de producto; y este hecho que no se produce de forma aislada, sino como un actuar acorde con un modelo de conducta (el instaurado por la propia entidad a través de los formularios de información y evaluación), que la Administración define como un defecto estructural que afectó a un número muy elevado de operaciones. En este sentido se ha pronunciado la Sala Primera del Tribunal Supremo, destacando el carácter generalizado de la comercialización de estos productos, sin dispensar la información adecuada a los clientes e inversores (Así, Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 692/2017 de 20 Diciembre 2017, Rec. 1218/2015; Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 354/2017 de 2 Junio 2017, Rec. 2622/2014 o las en ellas se citan). Por lo tanto el motivo decae.

QUINTO.- Tipicidad de la infracción.-

5.1.- La demandante reitera las alegaciones formuladas en vía administrativa, señalando que la comercialización de las permutas de tipos de interés tuvo lugar en 2008 y 2009 de acuerdo con las condiciones de comercialización que eran exigibles. Alega que la norma entonces en vigor no definía el contenido de las obligaciones en el momento de la comercialización de los productos; no obstante, la Administración ha realizado un juicio de tipicidad no sobre la base de la definición del tipo en el momento de la comercialización, sino de acuerdo con la integración de su contenido llevada a cabo por el legislador y la propia CNMV, las instituciones comunitarias y el Tribunal de Justicia. Se sanciona a BANKINTER por *"incumplimiento de los establecido en el artículo 79 bis LMV en relación con la no realización del test de conveniencia o realización inadecuada"*. Pero tal test no venía impuesto por la norma, ni podía derivarse de su tenor conforme a una interpretación razonable de la misma.

5.2.- La falta de concreción a la que alude el demandante no es tal, conforme apunta la Administración, toda vez que el artículo 79 bis LMV establecía que:

"5. Las entidades que presten servicios de inversión deberán asegurarse en todo momento de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes, con arreglo a lo que establecen los apartados siguientes.

6. Cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, la entidad obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate; sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquel, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan. Cuando la entidad no obtenga esta información, no recomendará servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente. En el caso de clientes profesionales la entidad no tendrá que obtener información sobre los conocimientos y experiencia del cliente.

7. 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, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente.

Cuando, en base a esa información, la entidad considere que el producto o el servicio de inversión no sea adecuado para el cliente, se lo advertirá. Asimismo, cuando el cliente no proporcione la información indicada en este apartado o ésta sea insuficiente, la entidad le advertirá de que dicha decisión le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él.

Las advertencias previstas en este apartado se podrán realizar en un formato normalizado".

Dicho precepto contiene sin duda una obligación de solicitar del cliente una información concreta y determinada, y asimismo el deber de advertir al mismo acerca de la adecuación del producto. El precepto fue desarrollado a través del Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero, que refunde dos reales decretos (el Real Decreto 867/2001, de 20 de julio, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios), en un único texto normativo, y dispone en lo que aquí resulta de interés lo siguiente:

"Artículo 73. Evaluación de la conveniencia

A los efectos de lo dispuesto en el artículo 79 bis.7 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, las entidades que prestan servicios de inversión distintos de los previstos en el artículo anterior deberán determinar si el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios para

comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado. En este sentido, la entidad podrá asumir que sus clientes profesionales tienen la experiencia y conocimientos necesarios para comprender los riesgos inherentes a esos servicios de inversión y productos concretos, o a los tipos de servicios y operaciones para los que esté clasificado como cliente profesional.

Artículo 74. Disposiciones comunes a las evaluaciones de idoneidad y conveniencia

1. *A los efectos de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, la información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos enumerados a continuación, en la medida en que resulten apropiados a la naturaleza del cliente, a la naturaleza y alcance del servicio a prestar y al tipo de producto o transacción previstos, incluyendo la complejidad y los riesgos inherentes:*

   a) *Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que esté familiarizado el cliente.*

   b) *La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el período durante el que se hayan realizado.*

   c) *El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes.*

2. *En ningún caso, las entidades incitarán a sus clientes para que no les faciliten la información prevista en los apartados 6 y 7 del artículo 79 bis de la Ley/1988, de 28 de julio.*

3. *Asimismo, las entidades tendrán derecho a confiar en la información suministrada por sus clientes, salvo cuando sepan, o deban saber, que la misma está manifiestamente desfasada, o bien es inexacta o incompleta".*

Como se ve, la norma aplicable al periodo de referencia establecía de forma clara qué información era necesario recabar del cliente, en orden a valorar la idoneidad y conveniencia del producto, a la vista de la información suministrada por el cliente. Es precisamente los defectos de la metodología utilizada por la entidad el hecho que se imputa al demandante, con base en las normas citadas.

5.3.- No obstante, ha de subrayarse que la norma anterior seguía un mismo esquema, exigiendo obligaciones de igual contenido, conforme ha tenido ocasión de poner de relieve el Tribunal Supremo.

La sentencia de 30 de diciembre de 2017 (Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 692/2017 de 20 Diciembre 2017, Rec. 1218/2015) refiere, en esta línea, que:

«OCTAVO.- Las obligaciones de información de las entidades financieras en los contratos de permuta financiera anteriores a la incorporación al derecho español de la normativa MiFID.

1.- La Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores, tuvo como finalidad la incorporación al ordenamiento jurídico español de tres directivas europeas: la Directiva 2004/39/CE, la Directiva 2006/73/CE y la Directiva 2006/49/CE.

2.- No obstante, antes de la incorporación a nuestro derecho interno de la normativa MiFID, la legislación ya recogía la obligación de las entidades financieras de informar debidamente a los clientes de los riesgos asociados a este tipo de productos, como las permutas financieras. Puesto que, al ser el servicio prestado de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad no se limitaba a cerciorarse de que el cliente conocía bien en qué consistía el swap que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además debía haber evaluado que, en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía. A lo sumo, la inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la citada normativa MiFID, en particular el nuevo artículo 79 bis LMV (actualmente arts. 210 y ss. del Texto Refundido de dicha ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, acentuó tales obligaciones, pero no supuso una regulación realmente novedosa).

3.- Además, ha de tenerse presente que el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, aplicable por su fecha a los contratos de permuta financiera litigiosos, y expresamente invocado en el recurso, establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, y desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Resumidamente, tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, de quienes debían solicitar información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión.

El art. 5 del anexo de este RD 629/1993 regulaba con mayor detalle la información que estas entidades que prestan servicios financieros debían ofrecer a sus clientes:

"1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos [...].

3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos".

NOVENO.- Jurisprudencia sobre el incumplimiento de las obligaciones de información y su incidencia en el error vicio. Aplicación al caso litigioso.

1.- Son ya múltiples las sentencias de esta sala que conforman una jurisprudencia reiterada y constante, y a cuyo contenido nos atendremos, que consideran que un incumplimiento de dicha normativa, fundamentalmente en cuanto a la información de los riesgos inherentes a los contratos de swap, tanto en lo que se refiere a la posibilidad de liquidaciones periódicas negativas en elevada cuantía como a un también elevado coste de cancelación, puede hacer presumir el error en quien contrató con dicho déficit informativo (sentencias de pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014, y 491/2015, de 15 de septiembre; así como las sentencias 384 y 385/2014, ambas de 7 de julio; 387/2014, de 8 de julio; 458/2014, de 8 de septiembre; 460/2014, de 10 de septiembre; 110/2015, de 26 de febrero; 563/2015, de 15 de octubre; 547/2015, de 20 de octubre; 562/2015, de 27 de octubre; 595/2015, de 30 de octubre; 588/2015, de 10 de noviembre; 623/2015, de 24 de noviembre; 675/2015, de 25 de noviembre; 631/2015, de 26 de noviembre; 676/2015, de 30 de noviembre; 670/2015, de 9 de diciembre; 691/2015, de 10 de diciembre; 692/2015, de 10 de diciembre; 741/2015, de 17 de diciembre; 742/2015, de 18 de diciembre; 747/2015, de 29 de diciembre; 32/2016, de 4 de febrero; 63/2016, de 12 de febrero; 195/2016, de 29 de marzo; 235/2016, de 8 de abril; 310/2016, de 11 de mayo; 510/2016, de 20 de julio; 580/2016, de 30 de julio; 562/2016, de 23 de septiembre; 595/2016, de 5 de octubre ; 690/2016, de 23 de noviembre ; y 727/2016, de 19 de diciembre).

2.- En este caso, si partimos de los propios hechos acreditados en la instancia, no puede apreciarse que la entidad financiera cumpliera los deberes de información que hemos visto que establecía la legislación aplicable en la fecha de celebración de los contratos litigiosos; y desde ese punto de vista, la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia de esta sala, en los términos expuestos. En particular, consta que la información precontractual facilitada fue claramente sesgada al calificar el producto como un "seguro".

Además, no repara en que era preceptiva una información precontractual completa y adecuada, con suficiente antelación a la firma de los documentos, y que la entidad no se había asegurado de que los clientes tuvieran conocimientos financieros, ni de que los productos ofertados fueran adecuados a su perfil inversor. Por lo que no puede compartirse que la información ofrecida fuera suficiente, ni que se adecuara mínimamente a las exigencias legales.

En concreto no se practicó test de idoneidad.

Según dijimos en las sentencias 769/2014, de 12 de enero de 2015, y 676/2015, de 30 de noviembre, es la empresa de servicios de inversión quien tiene la obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes -que no son profesionales del mercado financiero y de inversión- quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores el cliente no puede saber qué información concreta ha de requerir al profesional. Por el contrario, el cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. Por ello, la parte obligada legalmente a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir dicha información correcta debió tomar la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios.

3.- El incumplimiento del deber de información al cliente sobre el riesgo económico en caso de que los intereses fueran inferiores al euribor y sobre los riesgos patrimoniales asociados al coste de cancelación, es lo que propicia un error en la prestación del consentimiento, ya que como dijimos en la sentencia del pleno de esta sala 1.ª núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014 "esa ausencia de información permite presumir el error". Lo determinante no es tanto que aparezca formalmente cumplido el trámite de la información, sino las condiciones en que materialmente se cumple el mismo. Los deberes de información que competen a la entidad financiera, concretados en las normas antes transcritas, no quedan satisfechos por una mera ilustración sobre lo obvio, esto es, que como se establece como límite a la aplicación del tipo fijo un referencial variable, el resultado puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese tipo referencial. No se trata de que el banco pudiera adivinar la evolución futura de los tipos de interés, sino de que ofreciera al cliente una información completa, suficiente y comprensible de las posibles consecuencias de la fluctuación al alza o a la baja de los tipos de interés y de los elevados costes de la cancelación anticipada.

4.- La entidad recurrida prestó al cliente un servicio de asesoramiento financiero, lo que le obligaba al estricto cumplimiento de los deberes de información ya referidos; cuya omisión no comporta necesariamente la existencia del error vicio, pero puede incidir en la apreciación del mismo, en tanto que la información -que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros- es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, bien entendido que lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no, por sí solo, el incumplimiento del deber de información.

A su vez, el deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente.

5.- Esta obligación informativa se acrecienta en el segundo contrato, que se regula por la normativa postMifid…».

En igual sentido se pronuncia, entre otras, la de 2 de junio de 2017, en la que se recoge un cuerpo consolidado de doctrina (Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 354/2017 de 2 Junio 2017, Rec. 2622/2014, esta vez, estando ya vigentes las disposiciones de la Directiva MiFiD).

Por lo tanto, el motivo debe decaer ya que la indefinición en la que se fundamenta el motivo, no puede ser considerada a la vista de las obligaciones que imponían las normas en vigor, reforzando los ya establecidos en los precedentes reglamentarios que concretaron los deberes a cargo de las entidades que comercializaran productos financieros.

Por lo demás, la demandante insiste en los mismos argumentos examinados en vía administrativa, sobre los que no aporta nada nuevo, por lo que nos remitimos a lo allí

razonado con detalle y profusión de argumentos, que la Sala hace suyos.

SEXTO.- Culpabilidad.-

6.1.- Por lo que respecta a la culpabilidad, las alegaciones que invoca la demandante se basan en dos órdenes de motivos: 1) en primer lugar, se acoge a la realización de una interpretación razonable de la norma que está integrada por conceptos jurídicos indeterminados, conforme ha quedado constatado a través de las guías de los organismos rectores; 2) y de otro lado, ha existido un error de prohibición de Bankinter, agravado por la quiebra del principio de confianza legítima originado por la actuación de la CNMV.

6.2.- Es cierto que el ilícito administrativo exige que la conducta del sujeto se adapte a la descripción del comportamiento previsto en el tipo, y además es necesario un segundo elemento de culpabilidad, sin el cual no cabe la sanción. Partiendo de esta premisa, el demandante propugna ausencia de culpa, alegando que se acogió a una interpretación razonable de la norma, haciéndose eco de la Jurisprudencia desarrollada en materia tributaria, que contiene unos perfiles propios que no son trasladables a la materia que nos ocupa. De acuerdo con dicha doctrina, en el ámbito tributario se imponen al obligado un conjunto de obligaciones materiales y formales, entre las que se encuentra la liquidación, con base en unas normas que en muchas ocasiones se revelan complejas. De ahí que el Alto Tribunal haya considerado que cuando se ha producido la declaración tributaria, sin sustraer a la Hacienda la totalidad de los elementos que han de conformar la liquidación, y se producen unas discrepancias normativas, amparadas en una interpretación razonable de la norma, la culpabilidad desaparece. Pero por ello, y con objeto de evitar un alegato carente de base con el simple objeto de obtener la exculpación, viene exigiéndose que la interpretación propuesta por la demandante tenga algún fundamento en derecho, "*lo que supone analizar las razones expuestas por la recurrente como justificadoras del incumplimiento de sus obligaciones tributarias para descartar las que sean meros pretextos o se basen en criterio de interpretación absolutamente insostenibles*". (Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, Sentencia de 10 Octubre 2011, Rec. 3250/2009).

Esta interpretación encuentra su apoyo en las propias normas legales, porque artículo 77.4 d) de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria establecía que *"Las acciones u omisiones tipificadas en las leyes no darán lugar a responsabilidad por infracción tributaria en los siguientes supuestos:... d) Cuando se haya puesto la diligencia necesaria en el cumplimiento de las obligaciones y deberes tributarios. En particular, se entenderá que se ha puesto la diligencia necesaria cuando el contribuyente haya presentado una declaración veraz y completa y haya practicado, en su caso, la correspondiente autoliquidación, amparándose en una interpretación razonable de la norma"*. (Hoy 179.2 d) Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, se pronuncia en el mismo sentido, incluyendo otros supuestos en los que ha mediado una consulta tributaria).

La doctrina expuesta no puede extrapolarse sin más, porque se ha desarrollado en torno a unas normas legales que no encuentran simetría en el procedimiento que nos ocupa.

6.3.- De otro lado, la interpretación razonable y el error requiere que exista una norma que demande una interpretación, en el sentido del artículo 3.1 del Código Civil, cosa que tampoco se observa en nuestro caso, a la luz de las normas que eran de aplicación. Lo que se imputa a la demandante es precisamente haber obviado requerir la información que explicitaba la norma. La entidad había sido previamente advertida al respecto en la inspección previa realizada durante el año 2007 y 2008 (periodo 1 de julio de 2005 a 30 de junio de 2006 -véase los requerimientos de 12 de noviembre de 2008 o de 30 de enero de 2009-), a fin de poder evaluar la conveniencia de la operación y realizar las advertencias oportunas.

En cuanto a las actuaciones previas -inspección 2007-2008- en las que la entidad afirma que confiaba en que había subsanado los déficits de información e idoneidad, lo cierto es que tal inspección no se centró en los productos financieros analizados, y se advirtió de una eventual inspección (Informe final de 19 de enero de 2010) como expresamente reconoce la demandante en su demanda al hacer una primera exposición de los hechos acaecidos. En el informe indicado se dice expresamente que *"En el curso de la inspección se tuvo un somero conocimiento del plan de adaptación a MiFiD, en fase de desarrollo por la Entidad, a raíz del que se les trasladaron determinados hechos relacionados con la evaluación de la conveniencia. … No obstante no se ha procedido a realizar una revisión de la efectiva implementación del citado plan…*

En relación con la evaluación de la conveniencia, nos remiten modelo de test para recabar información sobre la experiencia y conocimiento de los clientes, no se aporta información sobre el sistema de evaluación del mismo no se dispone de información sobre otros aspectos relevantes relacionados con la evaluación de la conveniencia, dado que el objeto de la inspección no alcanzaba, los mismos como ya se ha puesto de manifiesto.

No se ha realizado por tanto un análisis detallado del proceso de evaluación de conveniencia que podrá ser objeto de futuras actuaciones de supervisión…"

No puede invocarse confianza, puesto que la contundencia del informe deja patente que no hay ninguna afirmación que permita dar cobertura a las aseveraciones de la parte demandante. Bien al contrario las conclusiones del informe dejan a salvo una futura inspección en orden a determinar la efectiva implantación de las normas ahora cuestionadas.

SÉPTIMO.- Vulneración del principio de tipicidad en el expediente de bonos.

La demandante mantiene en su demanda que la resolución impugnada impone a BANKINTER una sanción por la comisión de una infracción grave tipificada en el artículo 99 z bis) de la Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores (redacción Ley 2/2011 de 4 de marzo de Economía Sostenible), por el incumplimiento de las obligaciones recogidas en el artículo 79 bis del mismo texto legal, en relación con la evaluación de la conveniencia en operaciones de compra de clientes minoristas sobre instrumentos financieros complejos (bonos estructurados). Es decir, el tipo infractor se centra en el incumplimiento de las obligaciones previstas en el artículo 79 bis de la LMV. Resultan plenamente aplicables -dice- los argumentos desarrollados en relación con la resolución

sancionadora en el expediente coberturas, que debe darse por reiteradas.

La resolución impugnada se refiere a las *"deficiencias metodológicas en la evaluación de la conveniencia"* y se realizan reproches a la metodología empleada por BANKINTER para la evaluación de la conveniencia:

a) El cuestionario de conveniencia de la entidad no recaba información sobre aspectos especialmente relevantes: el nivel de estudios del cliente y su experiencia profesional; y

b) En aquellos casos en los que el cliente no declare en el cuestionario una experiencia inversora previa suficiente referida al instrumento financiero analizado, la evaluación de la conveniencia se basa en la autoevaluación del cliente sobre su grado de familiaridad o conocimiento con el instrumento analizado.

Todas las cuestiones que plantea han sido resueltas anteriormente, sobre la base de los preceptos en vigor en el periodo analizado (1 de septiembre de 2011-29 de febrero de 2012; y los resultados de la revisión puntual de dos emisiones de bonos estructurados XXII y XXIV de mayo de 2013 (códigos ISIN ES0213679337 y ES0213679352) que fueron colocados en el periodo comprendido entre 24 de abril de 2013 y 24 de mayo de 2013.

La resolución impugnada y los informes técnicos han analizado con detalle las alegaciones referentes a las operaciones realizadas, y los defectos de metodología encontrados no solo al recabar información del cliente minorista, sino al realizar la evaluación de la conveniencia, para concluir que no se trata de un problema puntual o mecánico, sino de deficiencias estructurales y continuadas. No se aportan argumentos nuevos que no hayan sido analizados de forma pormenorizada en la resolución impugnada, por lo que a ellos nos remitimos, ya que dada la contundencia de los datos de hecho y de derecho puestos de manifiesto, nada más se ha de explicar para desestimar la totalidad de las alegaciones.

OCTAVO.- Principio de proporcionalidad y atenuación de la sanción.

8.1.- La resolución impugnada impuso a la demandante una multa de 4.000.000 de euros en el caso del expediente de coberturas y en el caso del expediente de bonos una de 100.000 euros.

El acuerdo originario impugnado razona lo siguiente en orden a la determinación de la pena, tras hacer referencia a los criterios de graduación establecidos en el 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 106 de la LMV:

"En el presente caso, no se aprecian circunstancias que aconsejen reforzar el reproche disciplinario, diferentes a las ya consideradas para calificar la infracción como muy grave, especialmente en cuanto al muy relevante perjuicio ocasionado a los clientes, que hay que tener en cuenta a la hora de fijar la cuantía de la multa, si bien, no como criterio de dosimetría agravatorio del reproche, sino como elemento exigido en el tipo sancionador. Recordemos

que, a consecuencia de las graves deficiencias en el proceso de evaluación de los clientes, se ocasionaron a los clientes unos perjuicios totales de 157,4 millones de euros, resultado de los cargos negativos calculados, que, como confirma el informe técnico elaborado en fase probatoria:" (...) no son el resultado de estimación o extrapolación alguna, sino que se corresponden con el detalle, operación a operación facilitado por la propia Entidad. Por otro lado, como circunstancia que permite atemperar el citado reproche cabe apreciar la ausencia de antecedentes disciplinarios en el ámbito del mercado de valores.

El resto de circunstancias, no concurren en el caso o no se pueden proyectar sobre la conducta analizada…".

8.2.- La parte demandante alega frente a dicho acuerdo que el perjuicio ocasionado es el que ha determinado la sanción, lo que a su juicio comporta que todas las operaciones analizadas resultaron no convenientes, resultado que se realiza a partir de una muestra analizada, que se extrapola a la totalidad. A su vez, dice, tampoco existe una relación causal entre las omisiones imputadas y los perjuicios. Por último, alega, no se considera como circunstancia de atenuación el hecho de que la entidad procediera a la subsanación dela infracción por propia iniciativa.

8.3.- Estas alegaciones ya fueron esgrimidas y analizadas en la resolución impugnada, a la que debemos remitirnos. El acuerdo sancionador ha tenido en cuenta que el perjuicio causado a los clientes es elemento del tipo, y que tal perjuicio no conlleva un mayor reproche sancionador, lo que guarda relación con el hecho de que ese perjuicio determina que pueda aplicarse el tipo básico del artículo 100 o bien el tipo cualificado del artículo 99 de la LMV, como es el caso. En la determinación del perjuicio económico se ha tenido en consideración la información aportada por el Informe técnico de 30 de septiembre de 2014 del Director General de Entidades y del Director del Departamento de Supervisión ESI-ECA. En este se detallan los resultados de la comprobación señalando que como ha de ponderarse el perjuicio al bien jurídico protegido así como el cálculo del importe de los perjuicios a valorar:

"El origen del perjuicio causado a los clientes fue el de privarles de una advertencia o de una información que tenía mucha relevancia, especialmente al tratarse de instrumentos especialmente complejos como los analizados: la advertencia de la no conveniencia de la operación.

La consiguiente adquisición de dichos instrumentos, en la que los clientes se vieron privados de una advertencia muy relevante, resultó finalmente en una serie de cargos a los clientes, materializándose de esta forma un impacto económico negativo para ellos motivados por la adquisición del instrumento.

En opinión de este DSEE y salvo mejor opinión jurídica, si se hubiese advertido a los clientes respecto a la no conveniencia de la operación, sabedores de que en opinión de la Entidad no contaban con los conocimientos y experiencia inversora suficiente para comprender la naturaleza y riesgos de la misma, podrían no haberla realizado y en consecuencia podrían no haber sufrido un perjuicio económico como consecuencia de dicha adquisición.

En opinión de este DSEE, por lo tanto, no puede negarse que la actuación de la Entidad causó un perjuicio a los clientes al privarles de una información de tanta relevancia como la indicada. (…)"

"3.2 Cuantía de dicho perjuicio y estimación del mismo realizada del mismo por este DSEE.

En términos económicos y de acuerdo con la información aportada por la Entidad en el curso de la actuación de supervisión realizada, durante el periodo de referencia revisado se realizaron un total de 7.348 operaciones de permutas financieras de tipos de interés por un volumen nominal de 2.905 millones de euros, utilizando para ello un total de 59 modelos de contratos.

21 de estos modelos de contratos acumulan el 97% de las operaciones realizadas en el periodo (7.129 operaciones) y el 91 % del volumen nominal contratado (2.661 millones de euros). De ellas, 7.033 operaciones obtuvieron un resultado final neto negativo para los inversores, por importe de 157,4 millones de euros. Estos datos de cargos negativos no son el resultado de estimación o extrapolación alguna, sino que se corresponden con el detalle, operación a operación, facilitado por la propia Entidad. (…)

Finalmente, y en cuanto a los costes de cancelación (29 millones de los 157,4 señalados), en opinión de este DSEE sí deben considerarse, ya que de no haberse cancelado anticipadamente el swap asumiendo el cliente dichos costes, los productos hubieran seguido produciendo cargos negativos a los clientes".

También refiere el informe indicado – que posteriormente se recoge en las resoluciones impugnadas – que las alegaciones de la entidad referentes a la conveniencia de las operaciones sí fueron consideradas, y finalmente descartadas, en tanto que se pudo verificar que no se efectuó o no se documentó la justificación de la evaluación. Así, el informe señala que:

"A la vista de las deficiencias observadas en el procedimiento de evaluación de la conveniencia empleado por la Entidad, se analizaron todas las operaciones a las que la Entidad había asignado un resultado conveniente tomando en consideración toda la información disponible que figuraban en sus bases de datos (tanto de las respuestas al cuestionario de conveniencia -familiaridad con el instrumento y experiencia previa- como de otras fuentes de datos -formación académica, experiencia profesional y operaciones previas tramitadas por la Entidad-.

Como consecuencia de dicho análisis se identificaron una serie de operaciones las que, a juicio de este DSEE no había quedado acreditada la conveniencia de la operación (que son las operaciones a que se refiere el apartado 4.1 de este informe técnico), mientras que, valorando en su conjunto toda la información disponible de las restantes operaciones a las que la Entidad asignó el resultado conveniente, este DSEE también consideró que podía presumirse la conveniencia de las mismas.

Para este último conjunto de operaciones (es decir aquellas operaciones convenientes según la Entidad, para las que, este DSEE también consideraba que podía presumirse la

conveniencia),una vez completados los análisis de muestras realizados en el curso de la inspección, se observó que en un porcentaje relevante, la Entidad no podía acreditar haber obtenido los datos empleados para la evaluación de los clientes (datos que le permitieron presumir la conveniencia de la operación), ya que no podía facilitar el correspondiente cuestionario de conveniencia debidamente formalizado (es decir, referido al tipo de producto analizado, realizado antes de tramitar la operación y debidamente firmado por el cliente)".

Estas conclusiones fueron confirmadas por el informe de auditoría interna de la entidad, tanto en el caso del expediente de bonos como en el de coberturas.

Por último, tampoco puede prosperar la alegación referente a la subsanación de la infracción, porque tal y como hemos visto al analizar la inspección previa que precedió a estas actuaciones los test de recogida de información y la evaluación de la conveniencia no fueron implementados, pese a las advertencias realizadas con ocasión de la supervisión.

No hay por tanto, una quiebra del principio de proporcionalidad, examinado a la luz de los hechos que han quedado acreditados y del importe de las sanciones que pueden llegar a imponerse (86,8 millones de euros, cifra que corresponde al 5% de los ingresos de la entidad en el último ejercicio cerrado al inicio de las actuaciones de inspección). Se han impuesto las sanciones, en ambos casos en el tramo inferior del tercio mínimo, lo que no se considera inadecuado a la gravedad de los hechos, ya que lo cierto es que este incumplimiento normativo que está en la base de la infracción, consistente en que la entidad no recabara ni dispusiera de información suficiente sobre los conocimientos y experiencia de los clientes que suscribieron contratos de permutas de tipos de interés al objeto de evaluar si el producto resultaba adecuado afectó a la totalidad de los clientes que suscribieron tales contratos debido a la metodología utilizada por Bankinter.

NOVENO.- De acuerdo con lo establecido en el artículo 139.1 de la LJCA las costas se imponen a la demandante, cuyas pretensiones son íntegramente desestimadas, de acuerdo con la regla general del vencimiento.

FALLO

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo promovido por **BANKINTER SA**, contra la Resolución de 21 de julio de 2016 del Subsecretario de Economía y Competitividad, dictada por delegación del Ministro de Economía y Competitividad, por ser conforme a derecho.

Las costas causadas se imponen al demandante.

Atendiendo a la reforma operada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, la presente es susceptible de RECURSO DE CASACIÓN que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de TREINTA DÍAS a contar desde el siguiente al de la notificación y que podrá ser admitido a trámite si presenta interés casacional objetivo para la formación de

jurisprudencia en los términos que se determinan en el art. 88 de la LJCA, lo que habrá de fundamentarse específicamente, con singular referencia al caso, en el escrito de preparación que, además, deberá cumplir con los requisitos que al efecto marca el art. 89 de la LJCA y cumplir con las especificaciones que al afecto se recogen en el Acuerdo de 19 de mayo de 2016, del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo (BOE 6-7-2016).

Con la notificación de la presente se le participa que el TS ha acordado (AUTO 1-3-2017) que, con arreglo a la previsión contenida en el artículo 89.2.c) LJCA, en supuestos de incongruencia omisiva de la sentencia que se pretende combatir, los recurrentes en casación, como presupuesto de procedibilidad, y antes de promover el recurso han de intentar la subsanación de la falta por el trámite de los artículos 267-5 LOPJ y 215-2 LEC. En caso contrario el recurso podrá ser inadmitido en ese concreto motivo.

Al notificarse la presente sentencia se hará la indicación de recursos que previene el art. 248.4 de la ley orgánica 6/1985, de 1 de junio del Poder Judicial.

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