

**SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 29 DE SEPTIEMBRE DE  
2016**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª**

**Recurso nº.:** 347/2015  
**Ponente:** Dª. Isabel García García-Blanco  
**Acto impugnado:** Resolución del Ministerio de Economía y Competitividad de 18 de junio de 2015, que confirma en reposición Orden del mismo Ministerio de 13 de junio de 2014

**Fallo:** Desestimatorio

Madrid, a veintinueve de septiembre de dos mil dieciséis.

Visto el recurso contencioso-administrativo que ante esta Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el **número 347/2015**, se tramita a instancia de **LIBERBANK, S.A.**, representada por la Procuradora Doña S.C.M., y asistido por el Letrado Don F.G.F., contra Resolución de 18-6-2015 del Subsecretario de Economía y Competitividad, por delegación del Ministro de Economía y Competitividad, que desestima el recurso de reposición interpuesto contra la Orden del Ministro de Economía y Competitividad de 13-6-2014, por la que resuelve expediente sancionador incoado por la comisión de una infracción muy grave de la Ley de Mercado de Valores y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La parte indicada interpuso en fecha 23/9/2015 este recurso respecto de los actos antes aludidos y, admitido a trámite, y reclamado el expediente administrativo, se entregó éste a la parte actora para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo, en la que realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el Suplico de la misma, en el que literalmente dijo: *"que, tenga por presentado en tiempo y forma este escrito de demanda, se sirva admitirlo y, previos los trámites que en Derecho procedan, dicte sentencia que anule la resolución recurrida"*.

**SEGUNDO.-** De la demanda se dio traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la Administración demandada contestó en un relato fáctico y una argumentación jurídica que sirvió al mismo para concretar su oposición al recurso en el suplico de la misma, en el cual solicitó: *"Que tenga por presentado este escrito, se sirva admitirlo, tenga por contestada la demanda, y tras los trámites oportunos, dicte sentencia desestimando el mismo y declarando la conformidad a Derecho de la resolución recurrida, con imposición de costas a la parte actora"*.

**TERCERO.-** Contestada la demanda quedaron los autos conclusos para sentencia por providencia de 12 de septiembre de 2016 se hizo señalamiento para votación y fallo el día 27 de septiembre de 2016, en que efectivamente se deliberó y votó.

**CUARTO.-** En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las formas legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción. Y ha sido Ponente el Magistrado de esta Sección Doña Isabel García García-Blanco.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

**PRIMERO.-** En el presente recurso se impugna la resolución de 18-6-2015 del Subsecretario de Economía y Competitividad, por delegación del Ministro de Economía y Competitividad, que desestima el recurso de reposición interpuesto contra la Orden del Ministro de Economía y Competitividad de 13-6-2014, por la que resuelve imponer a LIBERBANK, S.A., por la comisión de una infracción muy grave de la letra z) bis del artículo 99 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, por haber incumplido las obligaciones de información establecidas en los apartados 5 y 7 del artículo 79 bis) del mismo texto legal, por no obtener la información necesaria sobre sus clientes para la evaluación de la conveniencia, y haber intermediado operaciones sin advertir sobre su no conveniencia, en el procedimiento de comercialización de determinados productos financieros complejos, entre el 30 de agosto de 2011 y el 30 de octubre de 2011, una MULTA por importe de 100.000 euros (CIEN MIL EUROS).

LIBERBANK está registrada como banco en el Banco de España con el número 2048 desde el 6-9-2011. El 7-9-2011 se dio de alta en los registros de la CNMV como entidad prestadora de servicios de inversión.

**SEGUNDO.-** Se defiende, en primer lugar, la inexistencia de la infracción objeto de la resolución sancionadora ya que LIBERBANK no habría intervenido en ninguno de los hechos de los que habría traído causa la infracción y ser absolutamente ajena a las dos causas en las que se fundamenta la existencia de la misma: la clasificación del producto como no complejo y la consideración generalizada de que todas las operaciones se han realizado a iniciativa de los clientes.

La recurrente centra esta doble actuación en Caja de Extremadura y defiende que carece de trascendencia jurídica la circunstancia de que se subrogara en la posición de las cajas como emisoras de valores.

En la base de la infracción está el proceso de comercialización de las obligaciones subordinadas emitidas por Caja de Extremadura, comercialización llevada a cabo en el periodo 01/07/2010 - 29/02/2012, individualizándose su comercialización a efectos sancionadores en los siguientes periodos: entre el 1 de julio de 2010 y el 28 de agosto de 2011, en el caso de Caja de Extremadura, y entre el 29 de agosto de 2011 y el 29 de febrero de 2012, en el caso de LIBERBANK.

No se discute que se trata de productos complejos que implican la necesaria y correcta evaluación de la idoneidad del cliente y de la conveniencia del producto.

En cuanto a la tipicidad, de conformidad con el art. 99 z bis) de la LMV 24/1988, en la redacción vigente al caso, constituye infracción muy grave: *"La falta de medidas o políticas de gestión de conflictos de interés o su inaplicación, no ocasional o aislada, por parte de quienes presten servicios de inversión o, en su caso, por los grupos o conglomerados financieros en los que se integren las empresas de servicios de inversión, así como el*

*incumplimiento de las obligaciones previstas en los arts. 79, 79 bis de esta Ley o la falta de registro de contratos regulado en el art. 79 ter."*

El art. 79 bis 5 de la LMV determina que toda entidad que preste servicios de inversión deberá asegurarse en todo momento que dispone de toda la información necesaria sobre los clientes y, en concreto, el artículo 79 bis apartado 7 de la LMV señala que el objetivo del análisis de conveniencia es que la entidad obtenga los datos necesarios para valorar si, en su opinión, el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender la naturaleza y riesgos del servicio o producto ofrecido, advirtiéndole en aquellos casos en que juzgue que el producto no es adecuado. El apartado 8 del mismo artículo recoge los supuestos exceptuados de la realización del procedimiento de evaluación de la conveniencia sobre la base de que la orden se refiera a instrumentos financieros no complejos, que el servicio se preste a iniciativa del cliente y que la entidad haya informado al cliente con claridad de que no está obligada a evaluar la adecuación del instrumento ofrecido o del servicio prestado y que, por tanto, el cliente no goza de la protección establecida.

En desarrollo de la obligación de evaluación de la conveniencia el RD 217/2008, dispone 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."*

La resolución sancionadora de origen concluye en sancionar tanto a Caja Extremadura como a LIBERBANK y, en lo que interesa al caso del hoy recurrente, al considerar que el banco también incumplió la obligación de realizar el análisis de conveniencia: *“si bien es cierto que ello vino dado por la inicial catalogación incorrecta como instrumento financiero no complejo y la incorrecta pretensión que todas las operaciones eran a iniciativa del cliente, por parte de la Caja, lo cierto es que el Banco mantuvo durante dos meses estas dos indebidas apreciaciones, incurriendo así en el incumplimiento de la citada obligación y de la infracción tipificada correspondiente y que le es imputable como centro de imputación jurídica autora de ella en ese periodo”* (sic).

Hablamos de los meses de septiembre y octubre de 2011 en los que la entidad hoy recurrente llevó a efecto la comercialización de estas obligaciones subordinadas aunque no las hubiera emitido y aunque lo hiciera con las estructuras de personal y procedimientos provenientes de Caja de Extremadura. En este periodo la totalidad de las operaciones intermediadas por LIBERBANK sobre las obligaciones subordinadas emitidas por Caja de Extremadura se tramitaron sin evaluar la adecuación del producto al cliente y se le imputa la infracción como hecho propio y no por mera subrogación en lo realizado previamente por Caja de Extremadura, lo que integra plenamente el tipo sancionador. De hecho, el Banco no catalogó el producto como complejo hasta diciembre de 2011 y en consecuencia a partir del 30 de agosto de 2011 (fecha de inscripción de las escrituras de segregación de los negocios financieros de Caja de Extremadura, Cajastur y Caja Cantabria y su integración en LIBERBANK) llevó a cabo una efectiva comercialización sin evaluar la conveniencia y asumiendo que la iniciativa de las operaciones partía en todos los casos de los clientes, lo que es, por su generalidad, inverosímil. La fecha final del período de incumplimiento imputado en la sanción es el 30 de octubre de 2011, y se establece sobre la base del propio Informe razonado del DEPARTAMENTO DE SUPERVISIÓN ESI - ECA que recoge que las operaciones se suspendieron el 31 de octubre de 2011 y no se reanudaron hasta enero de 2012, fecha en la que ya se habían clasificado las obligaciones subordinadas como producto complejo.

Así, en el pliego de cargos se recoge que, de la propia documentación incorporada al expediente relativa a determinados clientes (en concreto aquellos que habían realizado varias operaciones) facilitada por LIBERBANK, se observa que *“no se interrumpió la comercialización de obligaciones subordinadas, y consta la existencia de operaciones entre el 29 de agosto de 2011 y el 12 de septiembre de 2011”*. Por tanto el hoy recurrente incurrió en la infracción antedicha ante la efectiva comercialización llevada a cabo de un producto complejo sin evaluar su conveniencia respecto de los clientes.

**TERCERO.-** Infracción del principio de culpabilidad. En la demanda se defiende que LIBERBANK actuó con notable diligencia pues en la primera reunión de su recién creado Comité de Cumplimiento Normativo tras la aprobación de las políticas MIFID y de su Reglamento Interno, adoptó la decisión de calificar el producto como “complejo”. Es decir, desde el primer momento LIBERBANK calificó el producto como complejo. En este sentido se hacen valer los siguientes hitos temporales:

- con fecha 10 de noviembre de 2011 se aprobó por parte del Consejo de Administración la política de Cumplimiento Normativo y la creación del Comité de Cumplimiento Normativo.
- en la reunión de dicho Comité de 15 de diciembre de 2011 se aprobaron las políticas generales en materia MIFID y su propio reglamento interno de funcionamiento.
- el 20 de diciembre de 2011, en la primera oportunidad en la que se analizó la clasificación de los productos de las distintas cajas, se clasificaron las *"emisiones subordinadas propias"* en el sistema de Caja Extremadura, como *"producto complejo"*.

Se defiende que los hechos y operaciones analizados en el expediente respecto a LIBERBANK ocurrieron en ese referido primer periodo, o periodo transitorio, en el que materialmente resultaba imposible acometer o implementar los procedimientos de control conjuntos y unificados, tal y como se puso de manifiesto en las condiciones de la autorización de LIBERBANK como entidad de crédito prestadora de servicios de inversión y la propia CNMV informó favorablemente a que en una primera y corta etapa LIBERBANK mantuviera los medios humanos y técnicos y los procedimientos de cada una de las cajas cuyos negocios bancarios se integraron en el banco.

Efectivamente los propios organismos reguladores informaron favorablemente al respecto de que en una primera etapa LIBERBANK mantuviera los medios humanos y técnicos, y los procedimientos de cada una de las cajas que estaban supervisadas y controladas, pero ello no podía significar una autorización en la perpetuación de prácticas claramente incumplidoras de las obligaciones legalmente establecidas en la comercialización de productos complejos enmarcadas en la protección de los clientes que es lo que defiende el recurrente.

La suspensión de la negociación de estas obligaciones subordinadas se produce no por iniciativa propia sino como consecuencia de la carta remitida por la CNMV el 13 de octubre de 2011 y pese a que todas las emisiones de obligaciones subordinadas de las restantes entidades integradas en el Banco estaban ya catalogadas como producto complejo y, como se señala en la resolución recurrida, para eludir la evaluación de conveniencia no solo se recurrió a la clasificación del producto sino la consideración *"in extenso"* de que todas las operaciones con estas obligaciones subordinadas se realizaban a iniciativa del cliente.

Como se indica en la resolución recurrida, es el Banco, en cuanto inicia su actividad supervisada y como centro de imputación jurídica de esta actividad, él que está obligado al cumplimiento de las normas de ordenación y disciplina que le eran exigibles, tanto para la obtención de la autorización e inicio de actividad como para su mantenimiento, y a tal efecto el art. 70 ter 1 de la LMV dispone que: *"Las empresas de servicios de inversión y, las restantes entidades que, de conformidad con lo dispuesto en este Título, presten servicios de inversión deberán definir y aplicar políticas y procedimientos adecuados para garantizar*

*que la empresa, sus directivos, su personal y sus agentes cumplan las obligaciones que la normativa del Mercado de Valores les impone”.*

Por tanto esta circunstancia de alegada diligencia en reponer la situación a su legalidad no puede servir como excusa absoluta sin perjuicio de que la misma fuera valorada, como lo fue, para atemperar la sanción y a tal efecto, en el acuerdo recurrido, se señala que: *“Asimismo, en aplicación del principio de proporcionalidad, en el caso de Liberbank debe tomarse en consideración, que la conducta infractora se desarrolló durante un período tan solo de dos meses, afectando a un número reducido de operaciones e inversores y, en gran parte pero no solo, debido a la original actuación irregular de Caja Extremadura de quien recibió su estructura de medios técnicos, humanos y directivos y métodos operativos, por lo que la multa a Liberbank deber ser menor que la multa a la Caja”,* criterios que determinaron *“(…) la imposición de las multas dentro del tercio inferior y dentro de dicho tramo en sus parámetros menores, aun con cierta relevancia económica disuasoria de futuros incumplimientos”,* (con arreglo al 102 de la LMV la multa a imponer podía ser de hasta el 5% de los recursos propios por lo que la multa para LIBERBANK tenía un límite de hasta 136 millones de euros).

Ello lleva también a rechazar el último argumento de la demanda centrado en que la sanción no debería haberse impuesto por razones de proporcionalidad, no ya en su concreción punitiva (cuantía de la multa cuyo importe el recurrente está de acuerdo en que no afectaría a la solvencia de LIBERBANK) sino en su imposición misma sobre la base de que la publicación en el BOE sí afectaría gravemente a su reputación en el mercado e indirectamente a su solvencia al tratarse de un negocio basado en la confianza de los clientes y *“los datos que se publican en el Registro de Sanciones de la CNMV y en el BOE (accesibles además de forma permanente y constante) son muy escuetos y harían referencia únicamente a que se ha cometido por Liberbank una infracción muy grave por no cumplir y respetar la normativa que protege a los inversores. Cualquier lector de dicha publicación lo interpretaría como algo muy grave y los clientes potenciales tenderían a no contratar los servicios de Liberbank, y los existentes a perder su confianza en la entidad y cancelar, en última instancia, los productos contratados. No se conocería oficialmente por el mercado, ni la escasísima incidencia, si alguna, que tuvo la actuación de Liberbank, ni su absoluta diligencia en resolver los hechos en un periodo de tiempo cortísimo.”* (Sic).

Partimos de que la publicación de la sanción es una consecuencia legalmente impuesta para las infracciones muy graves como la presente que se justifica en sí misma en la necesidad de transparencia e información para preservar los derechos de los inversores y garantizar, de forma eficiente, el conocimiento de los sujetos que actúan en los mercados financieros. Por otro lado en la medida en que la no proporcionalidad de sancionar el comportamiento del hoy recurrente se construya sobre una ausencia de culpabilidad ha de rechazarse por lo ya reseñado.

**CUARTO.-** En cuanto a la buena fe en la actuación de LIBERBANK sobre la base de una interpretación razonable de la norma excluyente de la antijuridicidad basta señalar que no se desarrolla en la demanda qué concreta interpretación razonable de la norma y alternativa es la que vendría a justificar la comercialización por su parte de las

obligaciones subordinadas emitidas por Caja de Extremadura sin la adecuada evaluación de conveniencia.

No se puede centrar esta argumentación en los parámetros ya descartados en el fundamento jurídico antecedente, en cuanto a la diligencia en el actuar, que como vimos fue valorada como circunstancia moderadora del importe de la multa.

Por tanto ha de confirmarse el acto recurrido desestimando el recurso contencioso administrativo.

**QUINTO.-** De conformidad con el art. 139-1 de la LRJCA de 13 de julio de 1998, en la redacción posterior a la reforma operada por la Ley 37/2011 de 10 de octubre, en materia de costas rige el principio del vencimiento de tal manera que las costas se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones sin que sea apreciar que el caso presentara serias dudas de hecho o de derecho.

## FALLO

En atención a lo expuesto la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

**DESESTIMAR** el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de **LIBERBANK, S.A.** contra la resolución del Ministerio de Economía y Competitividad a que las presentes actuaciones se contraen, y **confirmar** la resolución impugnada por su **conformidad** a Derecho.

Con imposición de costas al recurrente.

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).

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 y se indicará la necesidad

de constituir el depósito para recurrir así como la forma de efectuarlo de conformidad con la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ introducida por la LO 1/2009 (la exigencia de este depósito es compatible con el devengo de la tasa exigida por la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, en vigor desde el 22 de dicho mes y año).

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.