

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 10 DE MARZO DE 2023

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª

Recurso núm.: 2243/2020
Ponente: D. José Félix Méndez Canseco
Acto impugnado: Resolución del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital 4 de noviembre de 2020.
Fallo: Desestimatoria

Madrid, a diez de marzo de dos mil veintitrés.

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 2243/2020**, se tramita a instancia de **BANCO DE SABADELL, S.A.** representado por la Procuradora BGP contra la resolución de 4 de noviembre de 2020, dictada por la Subsecretaria de Asuntos Económicos y Transformación Digital, por delegación de la Vicepresidenta Tercera y Ministra de Asuntos Económicos y Transformación Digital, desestimatoria del recurso de alzada interpuesto frente a la resolución de 3 de marzo de 2020 del Consejo de la CNMV que acordó "Imponer a BANCO DE SABADELL, S.A., por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 284.1 del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre (TRLMV), por deficiencias en la valoración de la información recibida al evaluar la conveniencia de determinados clientes en el marco de la comercialización de productos financieros, una MULTA por importe de 2.000.000 euros, y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El acto impugnado procede del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital y es la Resolución de fecha 4 de noviembre de 2020.

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

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

CUARTO.- Contestada la demanda y fijada la cuantía por diligencia de ordenación de fecha 19 de mayo de 2021 en 2.000.000 euros, se solicitó el recibimiento del pleito a prueba, que fue denegado mediante auto de fecha 15 de junio de 2021.

Siendo el siguiente trámite el de Conclusiones, a través del cual, las partes, por su orden, concretaron sus posiciones y reiteraron sus respectivas pretensiones quedaron los autos conclusos para sentencia, señalándose para votación y fallo el día 14 de febrero de 2023 en el que, efectivamente, se votó y falló.

QUINTO.- 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 D. José Félix Méndez Canseco.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpuso el presente recurso contra la resolución de 4 de noviembre de 2020, dictada por la Subsecretaria de Asuntos Económicos y Transformación Digital, por delegación de la Vicepresidenta Tercera y Ministra de Asuntos Económicos y Transformación Digital, desestimatoria del recurso de alzada interpuesto frente a la resolución de 3 de marzo de 2020 del Consejo de la CNMV que acordó "imponer a BANCO DE SABADELL, S.A., por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 284.1 del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre (TRLMV), por deficiencias en la

valoración de la información recibida al evaluar la conveniencia de determinados clientes en el marco de la comercialización de productos financieros, una MULTA por importe de 2.000.000 euros”.

SEGUNDO.- En el expediente administrativo remitido a este tribunal consta que según las normas de conducta correspondientes a la actividad del ejercicio 2017, durante dicho periodo el Banco Sabadell fue muy activo en la comercialización a minoristas de emisiones propias de bonos sénior, lo que motivó el inicio de una actuación a distancia para analizar esta actividad. A la vista de lo anterior, el Dirección General de entidades (DSEE) decidió revisar cuestiones generales relativas a la información utilizada por la entidad para la evaluación de la conveniencia de sus clientes minoristas. Se requirió a la entidad que aportase determinados datos sobre los test empleados para el análisis de conveniencia considerados vigentes a 31 de diciembre de 2017. Dichos datos constataron la existencia de: (i) un porcentaje atípicamente elevado de clientes que manifestaron conocer todos los riesgos financieros o todos salvo el apalancamiento; ii) un porcentaje atípicamente elevado de clientes que manifestaron un nivel alto de conocimiento general de los mercados financieros; (iii) un porcentaje atípicamente elevado de clientes que declararon tener un nivel de formación académica de bachillerato o superior, en comparación a los datos estadísticos de la población española que publica el INE; (iv) un número atípicamente elevado de clientes que manifestaron tener elevados conocimientos financieros, pese a carecer de experiencia profesional o inversora en instrumentos complejos, y tener un nivel de formación académica medio o bajo. A la vista de que la información, relativa al nivel de formación académica y al nivel general de conocimientos financieros y específico de los riesgos de los clientes minoristas que empleaba la entidad para evaluar la conveniencia, podía resultar errónea, se requirió a Banco Sabadell la realización de un trabajo específico de auditoría interna, cuyo objetivo debía ser el de estimar los casos en los que el Banco podía disponer de una información incorrecta o que no reflejaba adecuadamente el nivel real de formación académica y de conocimiento financiero general y específico de los riesgos implícitos en la inversión de sus clientes minoristas. En respuesta a dicho requerimiento, y sobre una población de 339.276 de clientes personas físicas con la clasificación de minoristas, la entidad seleccionó, mediante muestreo estadístico, una muestra de clientes a los que se dirigió mediante una encuesta telefónica. El número de clientes seleccionado fue de 724. Los clientes que contestaron a la misma fueron 700, resultando el tamaño de la muestra en cada uno de los tramos de edad similar. El proceso de las encuestas fue dirigido por el Departamento de auditoría interna de la entidad y ejecutado por una empresa especializada que realizó preguntas a la muestra de clientes para validar la información sobre su nivel de formación académica y sobre sus conocimientos generales sobre los instrumentos financieros y el mercado de valores. Según los resultados de la verificación realizada por el Departamento de auditoría interna de la entidad -del que en la resolución recurrida consta un cuadro facilitado por Banco Sabadell: a) Los clientes entre 24 y 64 años evidenciaban disponer de formación media o superior (80%) en mayor medida que en las encuestas del INE (58%). b) A pesar de lo anterior, el test de conveniencia de los clientes que respondieron la encuesta recogía formación media o superior en un 21% por encima de lo reconocido en la encuesta. De extrapolar este resultado, 71.428 test eran susceptibles de recoger información errónea respecto al nivel de formación académica. c) El conocimiento financiero alto recogido en los test de conveniencia no se correspondía con el identificado en la encuesta en un 55% de los casos, por lo que 186.602 test eran susceptibles de recoger información errónea respecto a este aspecto. Tal y como se detalla en el Informe razonado, el DSEE consideró que la entidad estimaba las incidencias habiendo tomado una muestra de tamaño similar en cada uno de los tramos de edad, con lo que estaba minusvalorando dichos resultados, ya que existía un mayor volumen de casos afectados en los tramos de edad superiores y que a su vez eran los que contaban con una población más numerosa (muy particularmente en el tramo de edad de los mayores de 64 años). El DSEE consideró, por lo tanto, que el traslado de las conclusiones de la muestra debía realizarse proporcionalmente, por tramos de edad, con lo que los resultados aportados por la entidad no estaban reflejando con mayor nivel de detalle la incidencia detectada. La entidad estimaba por diferencia global el porcentaje de clientes cuya formación se habría sobreestimado de acuerdo con los test. Frente al 4% de clientes con formación

inferior a bachillerato de los test, la encuesta telefónica establecía un 25%, lo que supondría una diferencia del 21%, el Banco explicaba esa diferencia global a la población total: frente a los 13.571 clientes (4% de la población de 339.276) según el test, de acuerdo a la encuesta serían 84.819 (25% de la población), lo que supondría una diferencia de 71.248 clientes (21% de la población).

Por ello, considerando las estimaciones que realizó la entidad o las que el DSEE consideró más correctas, los resultados del trabajo de auditoría interna permitían deducir que la información que la entidad utilizaba para evaluar la conveniencia sobreestimaba, en un número relevante de casos, tanto el nivel de formación académica de los clientes como sus conocimientos financieros reales y, en consecuencia, permitía presumir la conveniencia inadecuadamente.

TERCERO.- Alega, en síntesis, la parte recurrente, en primer lugar, vulneración de la presunción de inocencia. En segundo lugar, invoca el principio de “confianza legítima” generada sobre la base de revisiones anteriores y la propia validación de los test de conveniencia por parte del supervisor. La entidad recurrente considera, además, que la actuación administrativa recurrida ha vulnerado los principios de tipicidad, culpabilidad y proporcionalidad.

Sin embargo, no es de apreciar vulneración del principio de presunción de inocencia, pues el DSEE no invirtió la carga de la prueba, sino que examinó en detalle el trabajo solicitado a la entidad, para luego emitir su informe final sobre el resultado de su inspección al Banco Sabadell. Resulta acreditada la debida formación del conjunto probatorio por parte de la Administración demandada y así se constituyó la base (hechos base) para la incoación del procedimiento sancionador iniciado y después, una vez fijados los hechos probados (hechos consecuencia), pudiera imputarse la infracción a dicha entidad, que en todo caso pudo (y no consta que lo hiciera) proponer otros medios de prueba.

Véase la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2018, rec. 2891/2015.

En cuanto a la alegada vulneración de la confianza legítima, no es de apreciar actuación alguna de la CNMV que diese lugar a confiar en la apariencia de legalidad de la actividad que se imputa a la recurrente. Tal y como consta en la resolución, las actuaciones de inspección realizadas por el DSEE en 2019 y 2014 versaron sobre aspectos no coincidentes con el presente supuesto, además de que en dichas inspecciones no se realizaran observaciones sobre la fiabilidad o no de la información recabada de la evaluación de conveniencia de sus clientes, de modo que ello no supone un signo externo concluyente que genere la convicción de que en futuras actuaciones de supervisión no se vayan a analizar las mismas u otras cuestiones relacionadas con la evaluación de conveniencia de sus clientes.

Al efecto, hemos de recordar lo señalado al respecto por el Tribunal Supremo en sentencia de 29 de mayo de 2019, rec 1857/2018: *“En tercer lugar, tampoco puede ampararse el recurrente en una supuesta confianza legítima derivada del precedente administrativo. A este respecto, debe recordarse que el principio de confianza legítima tiene su origen en el Derecho Administrativo alemán (Sentencia de 14 de mayo de 1956 del Tribunal Contencioso-Administrativo de Berlín), y constituye en la actualidad, desde las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 22 de marzo de 1961 y 13 de Julio de 1965 (Asunto Lemmerz-Werk) un principio general del Derecho Comunitario, que finalmente ha sido objeto de recepción tanto por nuestro Tribunal Constitucional como por Tribunal Supremo y también por nuestra legislación (artículo 3.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre). Así, las SSTS de 10 de mayo de 1999 y la de 26 de abril de 2012 recuerdan que “la doctrina sobre el principio de protección de la confianza legítima, relacionado con los más tradicionales en nuestro ordenamiento de la seguridad jurídica y la buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares, comporta, según la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas - hoy de la Unión Europea - y la Jurisprudencia de esta Sala, que la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones de aquélla, y en función*

de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones. O dicho en otros términos, la virtualidad del principio invocado puede suponer la anulación de un acto o norma y, cuando menos, obliga a responder, en el marco comunitario de la alteración (sin conocimiento anticipado, sin medidas transitorias suficientes para que los sujetos puedan acomodar su conducta y proporcionadas al interés público en juego, y sin las debidas medidas correctoras o compensatorias) de las circunstancias habituales y estables, generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento... Asimismo debe recordarse que, como declaró el mismo Tribunal Supremo, en su Sentencia de 24 de noviembre de 2004 (y ha reiterado posteriormente, en muchas otras, por ejemplo, la de 26 de abril de 2010), "debe tenerse en cuenta que el "principio de protección de la confianza legítima del ciudadano" en el actuar de la Administración no se aplica a los supuestos de cualquier tipo de convicción psicológica subjetiva en el particular, sino cuando dicha "confianza" se funda en signos o hechos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes que induzcan a aquél a confiar en la 'apariencia de legalidad' que la actuación administrativa a través de actos concretos revela (Cfr. SSTs 15 de noviembre de 1999, 4 de junio de 2001 y 15 de abril de 2002, entre otras)".

En cuanto a la alegada vulneración del principio de tipicidad, tal y como resulta de los hechos declarados probados, es lo cierto y averiguado que los medios o procedimientos que implementó la entidad no eran de utilidad para detectar incidencias relevantes o evidentes, pues según los datos obtenidos de la inspección y auditoría realizada, se había sobreestimado a un 33% de la población, esto es 111.924 clientes en cuanto a la formación académica de los clientes analizados; y respecto de los conocimientos financieros de carácter general de los clientes, se alcanzó un 66% afectando, por tanto, a 222.527 clientes. Esto fue considerado como prueba de que no se actuó con la diligencia debida en el cumplimiento de las obligaciones establecidas legalmente. No cabe hablar, por tanto, de una vulneración del principio de tipicidad. Las alegaciones o respecto de la parte recurrente carecen de virtualidad anulatoria, sin desvirtuar la fundamentación de la actuación administrativa objeto del presente recurso en este punto, que se da aquí por reproducida, debiendo tenerse en cuenta que la tipicidad deriva de las obligaciones establecidas por las Directrices de ESMA relativas a determinados aspectos de los requisitos de idoneidad de la MiFID, publicadas el 25 de junio de 2012, en desarrollo de las anteriores obligaciones, las cuales se han mantenido en los mismos términos, y reforzado en el actual marco normativo llamado MiFID II, y en concreto en el artículo 25 de la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros y ha sido desarrollado por los artículos 54 y 55 del Reglamento Delegado UE 2017/565, de 25 de abril de 2016 por el que se completa la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de servicios de inversión y términos definidos a efectos de dicha Directiva.

Por otra parte, no es de apreciar vulneración del principio de culpabilidad. Aunque no se apreció dolo, sí se tuvo en cuenta la existencia de falta de diligencia, de modo que en el caso litigioso concurre el elemento subjetivo del tipo, al no haber establecido la entidad los medios adecuados para evitar el sesgo en el resultado de la valoración de la conveniencia.

Y por último, no es de acoger tampoco la alegación relativa a la vulneración del principio de proporcionalidad (sentencia de la Sala 3 de lo Contencioso Administrativo, del Tribunal Supremo, 9 de octubre de 2017, Rec. 197/2015, EDJ. 2017/3613, etc.), pues, tal y como consta en la actuación administrativa recurrida, atendiendo a las reglas que para su cálculo establece el artículo 302 del TRLMV, la cuantía máxima de la multa pudiera alcanzar hasta el 5% de los recursos propios de la entidad expedientada que, según se desprende de sus cuentas anuales individuales auditadas correspondientes al ejercicio 2016, último ejercicio cerrado con anterioridad al inicio de las actuaciones de supervisión, ascendían a 13.082.976 miles de euros, por lo que la multa podría llegar a ser de hasta 654.148.000 de euros.

Por todo lo expuesto, al no haber sido desvirtuados los fundamentos de la actuación administrativa recurrida, a que se contrae el presente recurso y que se dan aquí por reproducidos, debe ser considerada ésta ajustada al ordenamiento jurídico, lo que determina su desestimación.

De conformidad con lo previsto en el artículo 139 de la ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, las costas deben ser impuestas a la parte recurrente.

FALLAMOS

Qué **desestimamos** el presente recurso interpuesto por **BANCO DE SABADELL, S.A.**

Condenamos a la parte recurrente al pago de las costas.

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

Así por esta nuestra sentencia, 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.