

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 24 DE JUNIO DE 2021

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª

Recurso nº: 686/2017
Ponente: D. José Félix Méndez Canseco
Acto impugnado: Resolución del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad de 7 de septiembre de 2017 que confirma en alzada la Resolución del Consejo de la CNMV de 27 de julio de 2016.
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a veinticuatro de junio de dos mil veintiuno.

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 686/2017, se tramita a instancia de la entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.. representado por la Procuradora Doña MBR contra la resolución del Subsecretario de Economía, Industria y Competitividad, dictada por delegación del Ministro, de fecha 7 de septiembre de 2017, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de fecha 27 de julio de 2016, por la que se impuso sanción por la comisión de una infracción grave de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores ("LMV"), y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El acto impugnado procede del Ministerio de Economía y Competitividad y es la Resolución de fecha 7 de septiembre de 2017.

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 se recibió el pleito a prueba, practicándose la propuesta y admitida a instancia de la actora, con el resultado que obra en autos. 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 22 de junio de 2021 en el que, efectivamente, se votó y falló.

QUINTO.- En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las forma legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción. Y ha sido Ponente el Magistrado de esta Sección D. José Félix Méndez Canseco.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna la resolución del Ministerio de Economía Industria y Competitividad de fecha 7 de septiembre de 2017, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto frente a la resolución de la CNMV de fecha 27 de julio de 2016, y que resolvía el expediente sancionador incoado a BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A..

Consta que el 29 de octubre de 2015, el Comité Ejecutivo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) acordó incoar expediente administrativo sancionador a BANCO POPULAR, por la presunta comisión de una infracción grave tipificada en el artículo 100 z) quinquies de la LMV, por el mal funcionamiento del servicio de atención al cliente (SAC) durante el período comprendido entre enero de 2012 y febrero de 2014.

El expediente se originó a causa del informe razonado emitido por el Departamento de Supervisión ESI-ECA de la Dirección General de Entidades de fecha 29 de septiembre de 2015, en el que se daba cuenta de la existencia de un supuesto mal funcionamiento del SAC de BANCO POPULAR durante el período comprendido entre el 1 de enero de 2012 y el 28 de febrero de 2014. Más concretamente, las deficiencias detectadas por la inspección se concretaban en (folios 2 y 3 del expediente administrativo remitido por la CNMV: Incumplimiento del deber de atender y resolver un número significativo de reclamaciones presentadas por los clientes de la entidad. Incumplimiento del deber de dar contestación al cliente en el plazo legal de dos meses, en un porcentaje muy relevante de reclamaciones recibidas por BANCO POPULAR.

Estos hechos se consideraron constitutivos de una infracción grave, tipificada en el artículo 100 z) quinquies de la LMV, por incumplimiento de las obligaciones exigibles conforme a la normativa reguladora de los servicios de atención al cliente, que revelan, a juicio de la CNMV, un mal funcionamiento del SAC de BANCO POPULAR.

La sanción impuesta fue:

“Por la comisión de una infracción grave tipificada en el artículo 100 z) quinquies, de la Ley 24/1998, de 28 de julio del Mercado de Valores, por el mal funcionamiento del servicio de atención al cliente durante el período comprendido entre el 1 de enero de 2012 y el 28 de febrero de 2014, una sanción de multa por importe de 500.000 euros.”

SEGUNDO.- Alega, en síntesis, la parte recurrente:

- 1.- Infracción del principio de tipicidad.
- 2.- Infracción del principio de legalidad.
- 3.- Infracción del principio de culpabilidad.
- 4.- Infracción del principio de proporcionalidad.

En cuanto al invocado principio de tipicidad, alega la parte que se vulnera el de especialidad porque no procede aplicar el tipo infractor establecido en el artículo 100 z) quinquies de la LMV, al deber ser prevalente la ley especial aplicable a las entidades de crédito, ley 10/2014, correspondiendo sancionar al Banco de España. Alega que la conducta no es subsumible dentro del concepto jurídico indeterminado “mal funcionamiento del servicio de atención al cliente”, concepto que no permite conocer con certeza qué conductas son infracciones y que, además de no poder predicarse de la conducta de la entidad recurrente, tal indefinición exige razonablemente que exista un requerimiento previo de subsanación por parte de la CNMV. Alega, además, que el porcentaje de reclamaciones controvertidas es escaso dentro del global de reclamaciones atendidas.

Lo cierto es, sin embargo, que la parte actora fue sancionada por no haber atendido y resuelto un número significativo de reclamaciones presentadas por sus clientes en la entidad. No resolvió hasta un 15% de las reclamaciones y lo hizo fuera de plazo en casi un 30% de las resueltas, de modo que la infracción no incurre en indeterminación, como aduce la parte actora, pues el deber de resolver las reclamaciones presentadas está concretado y detallado en la Orden ECO 734/2004 de 1 de marzo, artículos 3, 10 y 15.

Debe recordarse que Banco Popular, en lo relativo a la prestación de servicios de inversión, se encuentra sujeto a las disposiciones de la LMV, por lo que un mal funcionamiento de su SAC que guarde relación con las reclamaciones que sus clientes presenten por la prestación de estos servicios de inversión es sancionable conforme al artículo 100 z) quinquies de la LMV. Y dicho tipo infractor no exige en ningún momento para sancionar el mal funcionamiento del SAC de una entidad que presta servicios de inversión que no se hayan subsanado en plazo las deficiencias identificadas por el supervisor, que en este caso sería la CNMV. Y no es cierto que la única manera de dotar de previsibilidad al tipo sea mediante un requerimiento previo de subsanación de deficiencias, puesto que en este caso, la naturaleza de las irregularidades, al entroncar directamente con el fin mismo de la existencia del SAC, permitían anticipar con seguridad que se estaba cometiendo una infracción del artículo 100 z) quinquies de la LMV.

Por otra parte, el porcentaje de reclamaciones controvertidas es significativo dentro del global de las reclamaciones atendidas. El cálculo que el DSEE recoge en su informe razonado y que tiene su origen en la inspección realizada a la entidad así lo demuestra. La inspección del DSEE ha acreditado que en el periodo de referencia el SAC de la entidad no dio respuesta a un 15% de las reclamaciones presentadas, y resolvió con retraso casi un 30% de las que sí tuvieron respuesta, porcentajes del todo relevantes que evidencian un mal funcionamiento del citado SAC, lo cual justifica la imposición de una sanción, en este caso, a Banco Popular.

En cuanto a la invocación como vulnerado del principio de legalidad, la parte actora mantiene la recurrente que se ha producido una vulneración del principio de legalidad puesto que en el presente caso la conducta que se sanciona consiste, en esencia, en la falta de observancia del plazo máximo de resolución de las reclamaciones que tramite SAC previsto en la Orden ECO/734/2004.

Sin embargo, lo cierto y averiguado es que obligación de resolver las reclamaciones de los clientes se fija en el artículo 29 de la Ley 44/2002, desarrollándose el contenido de la misma, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 del citado texto legal, en la Orden ECO 734/2004, la cual fija en su artículo 10.3 en dos meses el plazo para el cumplimiento de esa obligación legalmente establecida de resolver, siguiendo así el criterio iniciado por el legislador -en el artículo 30.3 de la Ley 44/2002- de que ese fuera el plazo que determinara el fin de la primera instancia para reclamar, la de carácter privado, y el inicio de la instancia posterior, la de carácter administrativo. Así, resulta evidente que al concretar en dos meses el plazo que tienen los SAC de las entidades para cumplir con la obligación que el artículo 29 de la Ley 44/2002 les impone, la Orden ECO/734/2004 no está regulando una obligación distinta, sino que simplemente está concretando el contenido de una obligación legalmente establecida. No se trata por tanto de una

regulación independiente, sino de una regulación claramente subordinada a la Ley y con cobertura legal clara, lo que implica que se respeta el principio de legalidad.

En cuanto a la supuesta infracción del principio de culpabilidad, lo cierto es que en la actuación administrativa recurrida se expresa claramente la motivación de la culpabilidad en la conducta de la entidad recurrente y la alegación mencionada carece de virtualidad anulatoria alguna.

En cuanto a la supuesta infracción del principio de proporcionalidad, según la recurrente, al haber aportado toda la información que poseía con respecto a los hechos sancionados, debe aplicársele el artículo 106 Ter 1 j), que considera como atenuante "La colaboración con la Comisión Nacional del Mercado de Valores, siempre que la persona física o jurídica haya aportado elementos o datos relevantes para el esclarecimiento de los hechos investigados, sin perjuicio de la necesidad de garantizar la restitución de los beneficios obtenidos o de las pérdidas evitadas por la misma".

Sin embargo, como acertadamente mantiene la parte demandada, la actora está tratando de elevar al rango de atenuante el deber de colaboración al que están obligadas todas las entidades sujetas a supervisión de la CNMV. El artículo 107 quáter 7 tipifica como infracción el faltar al deber de colaboración ante actuaciones de supervisión de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Y para que pueda apreciarse la atenuante que se alega de contrario, sería necesario un plus de colaboración que no consta concurra en el presente caso.

Y en cuanto a la pretendida atenuante por subsanación a propia iniciativa, hemos de precisar que esa supuesta subsanación no consta se haya producido ni que se haya producido por propia iniciativa, sino que a consecuencia de las reclamaciones presentadas, al ser la infracción sancionada el mal servicio de atención al cliente y las subsanaciones llevadas a cabo por la parte actora ser las relativas a las cuestiones de fondo planteadas por los clientes, no se ha subsanado ese mal funcionamiento. Y en ningún caso con anterioridad a la incoación del expediente sancionador.

TERCERO.- Por todo lo expuesto, ajustándose a derecho la actuación administrativa impugnada en el presente recurso, es lo procedente desestimar el mismo.

De conformidad con lo previsto en el artículo 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la parte recurrente debe ser condenada al pago de las costas.

FALLAMOS

Que desestimamos el presente recurso interpuesto por BANCO POPULAR ESPAÑOL, 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.”

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.

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.