

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 17 DE ABRIL DE 2018

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

**Recurso nº.:** 1883/2017  
**Ponente:** D.ª María Isabel Perelló Doménech  
**Acto impugnado:** Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, de 26 de enero de 2017  
**Fallo:** Desestimatorio

En Madrid, a 17 de abril de 2018.

Esta Sala ha visto constituida la sección tercera por los magistrados al margen referenciados, el recurso de casación número 1883/2017, interpuesto por el BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A., representado por la Procuradora de los Tribunales D.<sup>a</sup> ALP, con la asistencia letrada de D. JGC, contra la sentencia de 26 de enero de 2017, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso número 105/2015, sobre sanción de la CNMV. Ha intervenido como parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y defendida por el Abogado del Estado.

Ha sido ponente la Excm.a Sra. D.<sup>a</sup> María Isabel Perelló Doménech.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El recurso contencioso-administrativo 105/2015 se interpuso por BBVA, contra la resolución del Subsecretario de Economía y Competitividad por delegación del Ministro, de 2 de marzo de 2015, desestimatoria del recurso de alzada formulado contra la previa resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores que impuso a la mercantil recurrente una multa de 200.000 euros. La sanción se impone por la comisión de una infracción grave del art. 100. j) bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, consistente en el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el art. 59 bis de dicho texto legal; en particular, por comunicación reiterada de las operaciones ejecutadas sobre instrumentos financieros de forma defectuosa.

La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, dictó sentencia desestimatoria el 26 de enero de 2017, con los siguientes pronunciamientos en su parte dispositiva:

*«DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo promovido por BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A. (BBVA), contra Resolución de 2 de marzo de 2015 del Subsecretario de Economía y Competitividad por delegación del Ministerio de Economía y Competitividad, por ser conforme a derecho.*

*Las costas causadas se imponen al demandante».*

**SEGUNDO.-** Notificada la sentencia, se presentó escrito por la representación procesal del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, manifestando su intención de interponer recurso de casación, que se tuvo por preparado, con emplazamiento de las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo.

**TERCERO.-** Recibidas las actuaciones en este Tribunal, la Sección Primera de esta Sala acordó, por Auto de 12 de junio de 2017, lo siguiente:

«1º) Admitir el recurso de casación nº 1883/2017 preparado por la Procuradora de los Tribunales Dª ALP, en nombre y representación de la mercantil “BBVA”, contra la resolución del Subsecretario de Economía y Competitividad (por delegación del Ministro), de 2 de marzo de 2015, desestimatoria del recurso de alzada formulado contra la previa resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (en adelante CNMV) que sancionó a la mercantil recurrente por la comisión de una infracción grave del art. 100.j)bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de valores (en adelante, LMV).

2º) Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en:

Por un lado, interpretar el art. 59.Bis LMV en relación con el art. 25.3 y 5 de la Directiva 2004/39/CE y con el art. 13.1 del Reglamento 1287/2006, de la Comisión, a fin de esclarecer el contenido y alcance de la obligación de información sobre operaciones (y muy especialmente los supuestos de exención) que deben proporcionar las entidades financieras a la CNMVK;

Por otro lado, en interpretar el alcance y naturaleza de las guías de la CNMV, y la posibilidad de que estas puedan detallar y aclarar el contenido de la información, así como establecer los cauces técnicos y formatos de comunicación de la misma. Todo ello tomando en consideración las previsiones contenidas en el art. 59 Bis 3 en relación con la Disposición adicional única del RD 217/2008, de 15 de febrero.

3º) Se ordena publicar este Auto en la página web del Tribunal Supremo.

4º) Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

5º) Para la sustanciación del recurso, remítanse las actuaciones a la Sección tercera de esta Sala Tercera a la que corresponde con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos.»

**CUARTO.-** La indicada recurrente presentó, con fecha 28 de julio de 2017, escrito de interposición del recurso de casación, en el que expuso que las normas infringidas por la sentencia impugnada son el artículo 25 CE como consecuencia de la previa infracción del artículo 25, apartados 3 y 5 de la Directiva MiFID; del artículo 59 Bis 1 y 2 LMV; del artículo 13 del Reglamento (CE) núm. 1287/2006 de la Comisión y del artículo 35. f) LRJPAC.

Manifiesta la recurrente que el acto recurrido es una sanción impuesta por la CNMV en el ejercicio de las funciones de supervisión del correcto funcionamiento del mercado financiero. Partiendo de esta presunción sostiene la actora la necesidad de un

pronunciamiento del Tribunal Supremo acerca del alcance de la obligación de información de las operaciones ejecutadas en instrumentos financieros que recae en las entidades supervisadas, debiendo interpretar las disposiciones comunitarias al respecto, los preceptos aplicables de la Ley del Mercado de Valores y la virtualidad de las denominadas "Guías" de la CNMV.

Y que la sentencia de instancia ha aplicado normas sobre las que no existe jurisprudencia. Se razona que existe un abundante cuerpo de la doctrina jurisprudencial sobre el alcance del principio de legalidad material y formal, y del principio de tipicidad como manifestaciones del derecho a la legalidad sancionadora reconocido en el artículo 25 CE; pero subraya, las cuestiones sobre las que existe interés en que se forme jurisprudencia son las relativas al alcance del artículo 13.1 del Reglamento (CE) en relación con el artículo 25 de la Directiva MiFID y el artículo 59 Bis LMV, así como con el artículo 35. f) LRJPAC. Se requiere asimismo un pronunciamiento del Tribunal Supremo en relación con las guías elaboradas por la CNMV para aclarar y/o detallar el contenido de la información que debe comunicarse con arreglo al cuatro del Anexo I del Reglamento (CE); en particular, si la creación de obligaciones ex novo en las Guías supone una quiebra del principio de tipicidad, y si tales Guías constituyen instrumentos adecuados para indicar "los cauces técnicos y los formatos" para la comunicación de información sobre clientes a que se refiere la Disposición adicional única del RD 217/2008, de 15 de febrero.

Tras las anteriores alegaciones, la parte recurrente solicitó a la Sala que dicte sentencia por la que, se estime el recurso formulado por la recurrente, y, en consecuencia, anule la sentencia recurrida y, dentro de los términos en que aparece planteado el debate, estime el recurso contencioso-administrativo de instancia, anulando la sanción impuesta en la resolución recurrida.

**QUINTO.-** Admitido a trámite el recurso, se dio traslado a la parte recurrida, para que manifestara su oposición, lo que verificó el Abogado del Estado por escrito de 16 de octubre de 2017, manifestando que no concurre el invocado interés casacional, puesto que lo recurrido ante la Audiencia Nacional no es la resolución de la CNMV sino la resolución de 2 de marzo de 2015 dictada por el Subsecretario de Economía y Competitividad por delegación del Ministro.

Por otro lado, y de forma subsidiaria para el caso en que se considere operativa la presunción contemplada en el 88.3.d) LJCA, mantiene que el asunto carece de interés objetivo casacional al circunscribirse a la subsunción de los hechos en un tipo de infracción. En esta Línea, señala, la Sección de admisión ha dictado ya varios autos negando la existencia de interés objetivo casacional en los procedimientos sancionadores; entre ellos, el auto de 10 de abril de 2017 dictado en el RCA 227/2017 (en relación con sanción impuesta por la Comisión Nacional de Mercados y Competencia). Y en segundo lugar, que no puede aducirse la falta de jurisprudencia cuando lo reclamado es la aplicación del principio de legalidad sancionadora a un caso concreto relativo a la remisión de información a la CNMV. Es un hecho notorio, concluye, que existe jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo sobre el mencionado principio y su proyecto sobre actos de la CNMV. Solicita la desestimación del recurso de casación.

**SEXTO.-** Conforme a lo dispuesto en el artículo 92.6 LJCA, se convocó a las partes a una vista pública, que ha tenido lugar el día 20 de marzo de 2018, pasándose acto seguido a la deliberación para votación y fallo. Continuándose la deliberación en días sucesivos.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sociedad mercantil Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. (BBVA) interpone recurso de casación contra la sentencia de 26 de enero de 2017, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional que desestimó el recurso contencioso administrativo deducido por la mencionada entidad contra la resolución de Comisión Nacional del Mercado de Valores de 10 de Abril de 2014, por la que se impone a dicha mercantil una multa de 200.000 Euros por infracción del artículo 100.j) bis, de la Ley 24/1988, de 28 de julio del Mercado de Valores, y contra la resolución de 2 de marzo de 2015 de la Subsecretaría de Economía y Competitividad, que desestimando el recurso de alzada confirmaba la anterior.

La Comisión Nacional del Mercado de Valores consideró que la conducta desarrollada por BBVA era constitutiva de una infracción grave del artículo 100.j) bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, por el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 59 bis del mismo texto legal, en lo relativo a la comunicación reiterada a la CNMV, de forma defectuosa, de las operaciones realizadas sobre instrumentos financieros.

**SEGUNDO.-** La sentencia de instancia desestima íntegramente el recurso contencioso deducido, en síntesis y por lo que aquí importa en virtud de las siguientes conclusiones:

«[...] No podemos deducir de esta norma que el Reglamento requiera la definición de información pertinente, porque el término pertinente hace referencia al tipo de instrumento, ya que en función de una clase u otra no será preciso completar todos los campos en función de que estemos ante un instrumento financiero estandarizado o bien ante derivados, o instrumentos que se negocian vía OTC (mercados extrabursátiles).

La exención a que se refiere el precepto cuando establece la salvedad *“que la autoridad competente declare que no obra ya en su poder o que no dispone de ella por otros medios”*, se matiza a través del artículo 59 bis.2 segundo de la LMV, en el sentido de que el sujeto generalmente obligado *“puede ser eximido”*. Hemos expresado que ello requiere una declaración expresa, por los motivos expuestos anteriormente, de suerte que tampoco desde esta perspectiva cabe acoger los argumentos de la parte demandante.»

**TERCERO.-** El recurso de casación formulado por BBVA S.A., se articula en tres motivos, acogidos al apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia. Se alega en el primer motivo la vulneración de los artículos 25.3 y 5 de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 relativa a los mercados de instrumentos financieros (Directiva MiFID), artículo 59 bis.1 y 2 de la LMV y artículo 13 del Reglamento (CE) nº 1287/2006 de la Comisión de 10 de agosto de 2006 (Reglamento UE), así como del artículo 35.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, LRJPAC y del principio de proporcionalidad de las cargas impuestas a los administrados, con la consiguiente infracción de los principios de tipicidad y culpabilidad consagrados en el artículo 25 CE. Sostiene la parte que no se ha dictado resolución alguna que indique los datos sobre operaciones en el mercado que no obran en poder de la autoridad competente -siendo obligatorio que se hubiera dictado- y, por lo tanto, no existe obligación de proporcionar la información cuya defectuosa remisión ha motivado la imposición de la sanción recurrida.

El segundo motivo denuncia la infracción del principio de tipicidad consagrado en el artículo 25 CE, ya que la información que ha de proporcionarse respecto de derivados OTC no resulta exclusivamente del Anexo I del Reglamento UE, sino de unas "Guías" no normativas ni vinculantes de la CNMV.

El tercero de los motivos de casación aduce la infracción del principio de tipicidad con vulneración del artículo 25 CE, en relación al artículo 59 bis.3 de la Ley del Mercado de Valores y la Disposición Adicional Única del RD. 217/2008, de 15 de febrero, ya que una parte de la información que ha de proporcionarse respecto de la identidad de los clientes y la forma de hacerlo no resulta de norma jurídica alguna.

**CUARTO.-** Mediante Auto de la Sección Primera de esta Sala Tercera de 12 de junio de 2017 se acordó la admisión a trámite del recurso de casación y se delimitó la cuestión que presenta interés casacional en los siguientes términos:

«En la línea de lo expuesto en los dos razonamientos jurídicos anteriores, y en debido cumplimiento de lo previsto en el artículo 90.4 LJCA, declaramos que la cuestión planteada por la parte recurrente presenta interés casacional objetivo consistente en:

- Por un lado, en interpretar el artículo 59.bis LMV en relación con el art. 25.3 y 5 de la Directiva MiFID y con el art. 13.1 del Reglamento (CE), a fin de esclarecer el contenido y alcance de la obligación de información (y muy especialmente los supuestos de exención) sobre operaciones que deben proporcionar las entidades financieras a la CNMV. Interpretación que podría tener también incidencia respecto a las previsiones contenidas en los artículos 88 y ss del nuevo Real Decreto legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores.
- Por otro lado, en interpretar el alcance y naturaleza de las guías de la CNMV, y la posibilidad de que estén puedan detallar y aclarar el contenido de la información, así como establecer los cauces técnicos y formatos de comunicación de la misma. Todo

ello tomando en consideración las previsiones contenidas en el art. 59 Bis 3 en relación con la Disposición adicional única del RD 217/2008, de 15 de febrero.»

**QUINTO.-** Procede, pues, en primer término, interpretar el artículo 59 de la Ley del Mercado de Valores en relación con el artículo 25.3 y 5 de la Directiva 2004/39/CE y el artículo 13.1 del Reglamento (CE) 1287/2006 de la Comisión de 10 de agosto de 2006, a fin de precisar el contenido de la obligación de información que deben proporcionar las entidades financieras a la CNMV.

La tesis desarrollada por la entidad recurrente parte del artículo 100.j) bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio del Mercado de Valores (LMV), que tipifica como infracción grave «la no remisión a la Comisión Nacional del Mercado de Valores de las comunicaciones previstas en el artículo 59 bis cuando no constituya infracción muy grave, o la comunicación reiterada de operaciones de forma defectuosa» y considera éste un supuesto de tipificación por remisión a otra norma sustantiva que establece la obligación al administrado, siendo la norma a la que se remite el tipo infractor el artículo 59 bis de la mencionada Ley del Mercado de Valores.

Según la argumentación expuesta por la recurrente, el apartado 1º del precepto reseñado es la clave de la infracción denunciada pues, en su opinión, siendo consciente el legislador de la Unión de que los supervisores nacionales reciben información de diferentes procedencias, ha optado por señalar que los informes a los que se refiere el artículo 25 de la Directiva MiFID se limitan, en exclusiva, a los datos que los reguladores no tengan por otros medios. Continúa su alegato, indicando que el Reglamento UE traslada a al regulador nacional la carga de determinar qué información no obra en su poder y en consecuencia, ha de suministrarse, de modo que, sólo aquella información que el regulador señale explícitamente que no obra en su poder puede requerirse a los sujetos obligados. Sostiene que con arreglo al artículo 100.j) de la Ley mencionada, únicamente puede castigarse «la comunicación reiterada de operaciones de forma defectuosa» si hay un deber concreto de comunicar operaciones y si se ha incumplido la forma de hacer las operaciones, y dado que el artículo 13.1 del Reglamento UE establece que los datos se limiten exclusivamente a aquellos que los reguladores no dispongan por otros medios, y hasta el momento el regulador español no ha concretado la información de que dispone por otros medios, por lo que no existe un deber jurídico de proporcionar información, y al no haber un deber jurídico, no se puede sancionar su incumplimiento.

Con este planteamiento, censura la parte la sentencia de instancia, en particular su razonamiento, en cuanto interpreta (fundamento 3.2 y 3.3 *in fine*), que ni la Ley del Mercado de Valores, ni el Reglamento UE precisan de ningún desarrollo reglamentario adicional. La única forma de interpretar el artículo 13.1 del Reglamento UE -continúa el recurrente- es aceptando que el legislador europeo ha considerado que, una vez establecido en la Directiva MiFID el principio general de comunicación de operaciones a la autoridad regulatoria, si la información requerida ya obra en poder de las autoridades, no es necesario imponer a las entidades sujetas una obligación de informar sobre algo ya conocido por dichas autoridades. Para ello, y puesto que los únicos que pueden saber de qué información disponen las autoridades son las propias autoridades, el legislador

europeo exige de éstas un pronunciamiento expreso en el que cada una indique qué información debe ser objeto de comunicación expresa porque, bien «no obra ya en su poder» o bien «no dispone de ella por otros medios».

Pues bien, la tesis propugnada por la sociedad recurrente no puede tener favorable acogida, siendo plenamente acertada la interpretación de las normas invocadas realizada por la sala de instancia. No cabe apreciar que las normas controvertidas, el artículo 59 bis de la Ley del Mercado de Valores y el artículo 13.1 del Reglamento (CE) 1287/2006 de 10 de agosto, precisen de una ulterior concreción, en los términos expuestos en el recurso, pues, del contenido de dichos preceptos se desprende que se define de forma completa las obligaciones que incumben a las entidades financieras o de crédito que ejecuten obligaciones sobre instrumentos financieros.

La Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004, relativa a los Mercados de instrumentos financieros recoge la obligación de forma clara e indubitada. En el apartado 3 de su artículo 25 se describen las obligaciones de preservar la integridad del mercado, de declarar las obligaciones y de llevar un registro, contempla esta obligación de comunicar información en los siguientes términos:

«3. Los Estados miembros exigirán a las empresas de inversión que ejecutan operaciones en cualquier instrumento financiero admitido a cotización en un mercado regulado que declaren los datos de esas operaciones a la autoridad competente con la mayor brevedad, y a más tardar al finalizar el siguiente día laborable. Esta obligación se aplicará independientemente de que las operaciones se hayan realizado o no en un mercado regulado.

Las autoridades competentes establecerán, de conformidad con el artículo 58, las medidas necesarias para garantizar que la autoridad competente del mercado más importante en términos de liquidez para dichos instrumentos financieros reciba asimismo esa información.»

Por su parte, el apartado 7 del artículo 25 de la Directiva mencionada (MiFID) dispone:

«Para asegurarse de que las medidas de protección de la integridad del mercado se modifican para tener en cuenta los progresos técnicos de los mercados financieros, y para asegurar la aplicación uniforme de los apartados 1 a 5, la Comisión podrá adoptar, de conformidad con el procedimiento mencionado en el apartado 2 del artículo 64, medidas de ejecución que definan los métodos y disposiciones para informar acerca de las operaciones financieras, la forma y el contenido de estos informes y los criterios para definir un mercado importante de conformidad con el apartado 3.»

Y al amparo de dicha habilitación, se aprueba el Reglamento 1287/2006, de la Comisión, de 10 de agosto de 2006, por el que se aplica la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a las obligaciones de las empresas de inversión de llevar un registro, la información sobre las operaciones, la transparencia del mercado, la admisión a negociación de instrumentos financieros, y términos definidos a efectos de dicha Directiva.



El Reglamento (CE) 1287/2006, de la Comisión, de 10 de agosto de 2006, incluye en sus considerandos la conveniencia de disponer de normas y requisitos de transparencia detallados y plenamente armonizados que regulen la información sobre las operaciones con el fin de garantizar unas condiciones de mercado equivalentes y el correcto funcionamiento de los mercados de valores en la Comunidad y de facilitar la integración efectiva de los mercados. Así en sus considerandos 2º y 3º establecen:

«(2) Es conveniente que las disposiciones del presente Reglamento adopten esta forma legislativa para garantizar un régimen armonizado en todos los Estados miembros, fomentar la integración del mercado y la prestación transfronteriza de servicios de inversión y servicios auxiliares, y reforzar la consolidación del mercado único. Las disposiciones relativas a determinados aspectos del mantenimiento de un registro, y a la información sobre las operaciones, la transparencia y los derivados sobre materias primas tienen pocos puntos en común con el Derecho nacional y con las legislaciones detalladas que regulan las relaciones con el cliente.

(3) Conviene disponer de normas y requisitos de transparencia detallados y plenamente armonizados que regulen la información sobre las operaciones, con el fin de garantizar unas condiciones de mercado equivalentes y el correcto funcionamiento de los mercados de valores en la Comunidad, y de facilitar la integración efectiva de dichos mercados. Algunos aspectos del mantenimiento de un registro guardan una relación estrecha, ya que utilizan los mismos conceptos definidos a efectos de la información y la transparencia de las operaciones.».

El artículo 13 del Reglamento (CE) 1287/2006, de la Comisión, de 10 de agosto, con el título «Contenido del informe sobre las operaciones» dispone en su apartado 1º lo siguiente:

«1. Los informes sobre las operaciones a que se refiere el artículo 25, apartados 3 y 5 de la Directiva 2004/39/CE contendrán la información especificada en el cuadro 1 del anexo I del presente Reglamento que sea pertinente para el tipo de instrumento financiero en cuestión y que la autoridad competente declare que no obra ya en su poder o que no dispone de ella por otros medios.».

Y el Anexo I del citado Reglamento incluye un formulario de envío de información. El Anexo I establece la «Lista de campos a efectos de información» comprendiendo los diferentes aspectos de la información y la identificación de los instrumentos y demás elementos que incumben a las empresas.

Por su parte, el artículo 59 bis de la ley del Mercado de Valores se introdujo tras la reforma de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, como trasposición a la legislación española de la normativa comunitaria, que, según se ha expuesto, instauró la obligación de comunicación de la información. El reseñado artículo 59 bis define la obligación que afecta a las empresas de inversión y entidades de crédito incluyendo sus elementos esenciales, en los siguientes términos:

«1. Las empresas de servicios de inversión y entidades de crédito que ejecuten operaciones sobre instrumentos financieros deberán comunicarlás a la Comisión Nacional del Mercado de Valores a la mayor brevedad posible y, en lo que se refiere a los datos recogidos en el primer párrafo del apartado número 3 de este mismo artículo, a más tardar, al finalizar el siguiente día hábil a su ejecución. Esta obligación se entenderá exigible en todo caso, independientemente del método, medio, mercado o sistema a través del que se hubieran ejecutado las operaciones.

Quedan excluidas de esta obligación de comunicación las operaciones realizadas sobre participaciones o acciones de instituciones de inversión colectiva no admitidas a negociación ni en mercados regulados ni en sistemas multilaterales de negociación.»

El artículo 59 bis.2 de la Ley, establece la posibilidad de que la información pueda ser suministrada por un tercero, y a tal efecto dispone:

«2. Los informes sobre las operaciones ejecutadas podrán ser comunicados por la propia entidad, por un tercero que actúe en su nombre, por la sociedad rectora del mercado regulado, o entidad gestora del sistema multilateral de negociación a través del que se haya realizado la operación, o bien, por un sistema de casamiento de operaciones o de información aprobado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

Cuando las operadoras sean comunicadas a la Comisión Nacional del Mercado de Valores directamente por las sociedades rectoras de los mercados regulados, por sistemas de casamiento de operaciones o de información, la empresa de servicios de inversión o la entidad de crédito podrá ser eximida de la obligación señalada en el apartado 1 del este artículo.»

Y en su apartado 3º establece:

«3. Los informes tendrán el contenido señalado en el Reglamento 1287/2006, de la Comisión, de 10 de agosto de 2006, por el que se aplica la Directiva 2004/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo (...)

Adicionalmente las entidades indicadas en el apartado 1 de este artículo deberán facilitar a la CNMV en la forma, detalles y plazos que se determinen reglamentariamente, la identidad de los clientes por cuenta de los cuales hayan ejecutado sus operaciones.»

Del conjunto normativo expuesto se desprende que la obligación de comunicación de operaciones sobre instrumentos financieros se contempla de forma íntegra y acabada en la normativa comunitaria y nacional, obligación que no se encuentra supeditada o condicionada a su necesaria concreción a través de la declaración del regulador a la que se refiere el artículo 13.1 del Reglamento CE. Con independencia de que la CNMV no haya manifestado ni especificado la información de la que dispone por otros medios y la

que no obra en su poder, surge el deber de facilitar la información en los términos señalados, de modo que la ausencia de aquella declaración no exime a los afectados de observar el deber jurídico de comunicar las operaciones en la forma descrita en las normas reseñadas. Como reconoce la actora, existe el deber de facilitar la información pormenorizada en el Anexo I, las operaciones relativas a los instrumentos financieros, obligación válidamente delimitada y explicada en cuanto al contenido de la información, en las normas de rango legal y reglamentario (arts. 13.1 y Anexo I del Reglamento) y que por consiguiente resulta exigible.

Con independencia de los supuestos de exención del artículo 59 bis.2 de la Ley mencionada, es claro que incumbía a la entidad recurrente la remisión de la información sobre instrumentos financieros, por tratarse de una obligación instaurada y definida en sus contornos en la Directiva 2004/39/CE, en la Ley 24/1988, de 21 de julio, del Mercado de Valores y en el Reglamento (CE) 1287/2006, de la Comisión, cuyo artículo 13.1 especifica el contenido de la información que debe proporcionarse, con remisión al Anexo I, en el que se detallan los distintos campos de la información.

En fin, la obligación de comunicación es exigible a las entidades obligadas, surge y nace de los términos de la Directiva 2004/39/CE, la Ley del Mercado de Valores y el Reglamento CE, que de forma conjunta, precisa y terminada puntualizan los términos y alcance de la obligación de suministrar información sobre productos financieros, sin condicionamiento adicional ulterior, ni presupuestos previos. Únicamente cuando el órgano regulador establezca o indique la información de la que dispone, pueden las entidades afectadas resultar eximidas de la obligación de comunicación, pero no cabe interpretar qué en ausencia de un pronunciamiento expreso de la autoridad competente sobre tal extremo, las entidades implicadas no están obligadas a remitir la información con el alcance e intensidad establecida en las normas indicadas, singularmente en el Anexo I del Reglamento CE aludido.

En esa medida, la tesis propugnada por el recurrente no puede tener favorable acogida, existe una regulación completa del contenido de la obligación de información para cuya exigibilidad no es precisa la actuación del órgano regulador.

**SEXTO.-** Los motivos segundo y tercero del recurso de casación denuncian de forma conjunta la vulneración del artículo 25 CE por cuanto la información que ha de proporcionarse se basa en meras Guías elaboradas por la CNMV, no normativas y no vinculantes para la propia CNMV. Ello enlaza con la segunda de las cuestiones que presentan interés casacional objetivo admitida en el Auto de esta Sala de 12 de junio de 2017, que se ciñe en interpretar el alcance y naturaleza de las Guías elaboradas por la CNMV y si estas puedan establecer los cauces técnicos y formatos de comunicación de la misma, tomando en consideración las previsiones del artículo 59 bis.3 en relación a la Disposición Adicional Única del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero.

Censura la entidad bancaria recurrente la sentencia de instancia en cuanto declara que las Guías elaboradas por la CNMV vienen a aclarar, especificar o detallar las obligaciones de suministro de información que impone el Reglamento UE, y sostiene que las Guías carecen de valor normativo señalando que las aclaraciones sobre aspectos de las

obligaciones han de realizarse a través de una norma jurídica de rango adecuado. Considera que si las aclaraciones o detalles no se fijan a través de disposiciones reglamentarias de desarrollo, sino por medio de Guías –que exigen una información mucho mayor- y sin valor normativo, se produce la infracción del principio de tipicidad. Y añade a lo anterior que parte de la información que ha de proporcionarse respecto a la identidad de los clientes y la forma de hacerlo no resulta de norma jurídica alguna, no siendo válida a estos efectos la Guía elaborada en el año 2012, que recoge información no contemplada en el Real Decreto 217/2008.

Ciertamente, como indica la parte recurrente, las Guías elaboradas por la CNMV carecen de valor normativo o vinculante, y no pueden innovar el contenido de las obligaciones definidas en la Ley de Mercado de Valores y en el Reglamento CE.

Las Guías elaboradas por la CNMV no presentan un contenido normativo y no pueden considerarse como desarrollo reglamentario, pues tienen como función exclusiva aclarar o concretizar algún aspecto previamente incluido en el Anexo I del Reglamento CE mencionado, sin introducir ningún nuevo elemento sustancial ni adicional, innovar el contenido de la obligación definida en las normas jurídicas indicadas, ni, en fin, suplir las imprecisiones de la norma. Las Guías así elaboradas por un órgano regulador en cuanto carecen de contenido normativo no son suficientes para determinar los elementos que definen el tipo sancionador, que ha de integrarse con arreglo a normas de rango adecuado, como así lo ha indicado la jurisprudencia constitucional en la interpretación del artículo 25 CE (STC 341/1993, de 18 de noviembre) que ha declarado que sólo la Ley resulta apta para describir las conductas sancionables, sin perjuicio de la precisión por el reglamento de aspectos no esenciales.

En esta línea, el artículo 27.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (posterior a los servicios analizados), contempla la colaboración reglamentaria de la definición de las infracciones y sanciones, al establecer «las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o graduaciones en el cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente». No obstante, en esta facultad de complemento se excluye la remisión en blanco a la normativa *infra legal*, siendo así que las disposiciones reglamentarias han de estar encaminadas «a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes» (STC 341/1993, de 18 de noviembre).

En este caso, las Guías de referencia no implican un desarrollo del Reglamento CE, que en su Anexo I delimita con suficiente precisión los términos en los que ha de suministrarse la información a la CNMV, correspondiendo a la Guía exclusivamente aclarar y detallar los diferentes aspectos recogidos en el reseñado Anexo I, a fin de facilitar el debido cumplimiento de la obligación. Así se indica por la propia CNMV, que señala que se publican en la web sucesivas «Guías para la comunicación de operaciones a la CNMV en donde se ha ido concretando el procedimiento para efectuar las comunicaciones, formato de ficheros, campos que contienen y demás especificaciones técnicas» esto es, se refieren a aspectos meramente accesorios e instrumentales del cumplimiento de la obligación concernida, cuyos elementos se encuentran previamente definidos en la Ley y el Reglamento. Así pues, establecida la obligación de información en el artículo 25.3 y 5 de la Directiva 2004/39/CE, el artículo 59 bis de la Ley del Mercado

de Valores y el artículo 13.1 y Anexo I del Reglamento CE, la infracción imputada al BBVA no se integra a través de la Guía elaborada por la CNMV, que tiene como función facilitar en la práctica el cumplimiento de la obligación, como es entre otras, la indicación de los cauces técnicos y formatos de la información, pero no resulta acreditado que venga a completar carencias de la norma reglamentaria.

Finalmente, resta por analizar lo dispuesto en el artículo 59 bis.3 LMV en relación con la Disposición Adicional Única del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero. Dispone el artículo 59 bis Tercero de la LMV lo siguiente:

«3. Los informes tendrán el contenido señalado en el Reglamento 1287/2006, de la Comisión, de 10 de agosto de 2006, por el que se aplica la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a las obligaciones de las empresas de inversión de llevar un registro, la información sobre las operaciones, la transparencia del mercado, la admisión a negociación de instrumentos financieros, y términos definidos a efectos de dicha Directiva.

Adicionalmente, las entidades indicadas en el apartado número 1 de este artículo deberán facilitar a la CNMV, en la forma, detalle y plazos que se determinen reglamentariamente, la identidad de los clientes por cuenta de los cuales hayan ejecutado sus operaciones.

Se habilita al Ministro de Economía y Hacienda para, en su caso, establecer requisitos de información adicionales cuando se considere necesario para permitir el correcto ejercicio de las funciones de supervisión que la Comisión Nacional del Mercado de Valores tiene encomendadas y siempre que se cumpla uno de los siguientes criterios:

- a) el instrumento financiero objeto del informe tenga características específicas que no se incluyan en la información exigida por el Reglamento 1287/2006, de la Comisión; o
- b) los métodos de negociación específicos del sistema de negociación donde se realizó la operación tienen características que no estén incluidas en la información exigida por el Reglamento 1287/2006, de la Comisión.»

Y por su parte, la Disposición Adicional Única del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero establece:

«Disposición adicional única, De las comunicaciones de operaciones sobre instrumentos financieros.

1. Conforme a lo dispuesto en el artículo 59 bis de la Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores, las empresas de servicios de inversión y las entidades de crédito que ejecuten operaciones sobre instrumentos financieros deberán comunicar a la Comisión Nacional del Mercado de Valores la identidad de los clientes por cuenta de los cuales hayan ejecutado sus operaciones.

La comunicación se realizará por los cauces técnicos y con los formatos que establezca la Comisión Nacional del Mercado de Valores y deberá realizarse no más tarde del día hábil siguiente a la ejecución de la operación.

2. A los efectos de este artículo, se considerará cliente a quien, en el registro contable de los instrumentos financieros, vaya a devenir titular o cuya titularidad vaya a verse afectada como consecuencia de la operación.

En caso de no disponer de la identificación del cliente en ese momento, se comunicará la identidad de la entidad financiera ordenante de la operación.

La identificación contendrá el nombre y apellidos o razón social del cliente. Cuando se trate de varios clientes, se identificará a cada uno de ellos y se detallará el importe o número de instrumentos financieros que a cada uno corresponde. Asimismo, incluirá para cada persona un código de identificación, que será el Número de Identificación Fiscal en el caso de personas físicas residentes y el Código de Identificación Fiscal en el de personas jurídicas residentes.

3. Cuando la entidad obligada a comunicar lo haga a través de alguno de los medios indirectos a los que se refiere el apartado 2 del artículo 59 bis de la Ley 24/1988 de 28 de julio, del Mercado de Valores, se asegurará de que se guardan las obligaciones de confidencialidad más estricta respecto de los datos contenidos en las comunicaciones y, en especial, de los relativos a la identificación de los clientes respetando en todo caso lo dispuesto en la Ley 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

4. La Comisión Nacional del Mercado de Valores podrá establecer códigos o formatos de identificación suplementarios para los casos de personas, como los menores de edad o los que no tengan su domicilio fiscal en España, que carezcan de los mencionados en el apartado 2 anterior así como especificaciones técnicas de los envíos de las comunicaciones y procedimientos para su adecuada recepción y tratamiento.».

Con arreglo a lo dispuesto en tales preceptos, tampoco cabe acoger la queja en lo que se refiere a la quebra del artículo 25 CE en la medida que la Disposición Adicional reseñada establece la forma de identificación del cliente, así como prevé el plazo de cumplimiento de la obligación. Y, asimismo, autoriza a la CNMV establecer cauces técnicos y formatos y las especificaciones técnicas para los envíos de comunicaciones y procedimientos para su recepción y tratamiento. Como se observa sin dificultad, el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el Régimen Jurídico de las Empresas de Servicios de Inversión y de las demás entidades que prestan esos servicios, contempla los criterios esenciales en los aspectos que versan sobre la identificación del cliente, la habilitación a la CNMV, los plazos de cumplimiento y autoriza a la CNMV para las especificaciones de carácter técnico. Así, se remite a la CNMV para establecer estos aspectos meramente accesorios y de carácter técnico, que no añaden ningún nuevo elemento a la obligación de suministrar la información, pues la previsión se ciñe a aspectos supletorios y accesorios del envío de la información necesarios para su

tratamiento por la CNMV. Por las razones antes expuestas, no resulta que la Guía haya innovado o desarrollado el Reglamento, ni tampoco se acredita que hayan sido consideradas en la tipificación de la infracción imputada al BBVA.

**SÉPTIMO.-** Expuesto lo anterior, el recurso de casación no puede tener favorable acogida.

Debe declararse no haber lugar al recurso de casación, siendo así, que resulta correcta la conclusión alcanzada en la sentencia impugnada, ratificando el criterio de la Resolución de 2 de marzo de 2015 del Subsecretario de Economía y Competitividad por delegación del Ministerio de Economía y Competitividad, por ser conforme a derecho.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 93.4 y 139 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, no procede la imposición de las costas de casación a ninguna de las partes, debiendo abonar cada una las causadas a su instancia y las comunes por mitad, manteniendo, en cuanto a las costas del proceso de instancia, el pronunciamiento de la Sala de la Audiencia Nacional.

Vistos los preceptos y jurisprudencia citados, así como los artículos 86 a 95 de la Ley de esta Jurisdicción.

## **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido, de acuerdo con la interpretación de las normas establecidas en los fundamentos jurídicos quinto y sexto:

1.- NO HA LUGAR al recurso de casación número 1883/2017, interpuesto por el BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A., contra la sentencia de 26 de enero de 2017, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso número 105/2015, que confirmamos.

2.- Sin imposición de las costas causadas en el recurso de casación, de conformidad con lo razonado en el último fundamento jurídico.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.