

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 26 DE ENERO DE 2017

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª

Recurso nº.: 105/2015
Ponente: Dª. Ana María Sangüesa Cabezudo
Acto impugnado: Resolución del Ministerio de Economía y Competitividad de 2 de marzo de 2015, que confirma en alzada Resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 10 de abril de 2014
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a veintiséis de enero de dos mil diecisiete.

Visto por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el presente Recurso tramitado con el **número 105/2015**, seguido a instancia de **BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A. (BBVA)**, quien actúa representado por la procuradora Doña A. Ll. P. y defendido por el letrado Don J. G. C., contra Resolución de 2 de marzo de 2015 del Subsecretario de Economía y Competitividad por delegación del Ministerio de Economía y Competitividad, siendo parte demandada la Administración del Estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 14 de abril de 2015 fue presentado escrito por la procuradora indicada, en nombre y representación de BBVA, interponiendo recurso contencioso-administrativo frente a la Resolución de 2 de marzo de 2015 del Subsecretario de Economía y Competitividad por delegación del Ministerio de Economía y Competitividad.

SEGUNDO.- Admitido a trámite el escrito se tuvo por interpuesto el recurso, se acordó su sustanciación de acuerdo con lo previsto en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contenciosa-administrativa, teniendo por personado y parte al procurador indicado, y reclamado el expediente de la Administración demandada, se dio traslado del mismo a la recurrente una vez recibido para que presentara demanda en legal forma. Evacuado el traslado conferido dentro de plazo, formuló escrito de demanda en el que tras exponer los hechos y fundamentos que estimó de aplicación, terminó suplicando que se dictara sentencia por la que se declare no conforme a derecho la resolución impugnada, se anule la sanción impuesta, o subsidiariamente se rebaje su importe a una cantidad simbólica de un euro en aplicación del principio de proporcionalidad.

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

CUARTO.- A instancia de la parte actora se recibió el procedimiento a prueba y se fijó la cuantía del proceso en 200.000 euros, practicándose prueba documental, con el resultado que obra en autos, tras lo cual las partes presentaron sus escritos de conclusiones, en los que tras exponer los fundamentos que estimaron de aplicación al caso, reiteraron los pedimentos contenidos en sus escritos de demanda y contestación.

QUINTO.- Cumplimentados los trámites, quedaron los autos pendientes de señalamiento para votación y fallo, el cual quedó fijado para el día 24 de enero de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resolución impugnada.-

La resolución que es objeto de este recurso contencioso-administrativo desestimó el recurso de reposición que había promovido BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A contra la resolución sancionadora en la que se acordaba imponerle una sanción de multa por importe de 200.000 euros (doscientos mil euros) como consecuencia de la comisión de una infracción grave del artículo 100, letra j) bis, de la Ley 24/1988, de 28 de julio del Mercado de Valores, por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 59 bis de dicho texto legal, en lo relativo a la comunicación reiterada a la CNMV, de forma defectuosa, de las operaciones ejecutadas sobre instrumentos financieros.

Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, artículo 100 j) bis sanciona: *“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”.*

A su vez, el artículo 59 bis de la Ley 24/1988 (*“Comunicación de operaciones a la Comisión Nacional del Mercado de Valores”*) dispone que:

- “1. Las empresas de servicios de inversión y entidades de crédito que ejecuten operaciones sobre instrumentos financieros deberán comunicarlas 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.

- 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 operaciones sean comunicadas a la Comisión Nacional del Mercado de Valores directamente por las sociedades rectoras de los mercados regulados, por las entidades gestoras de los sistemas multilaterales de negociación, o por los 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 de este artículo.

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.*
4. *Asimismo, las empresas de servicios de inversión y las entidades de crédito deberán conservar a disposición de la Comisión Nacional del Mercado de Valores durante al menos cinco años los datos señalados en este artículo sobre todas las operaciones realizadas. (...)*

SEGUNDO.- Planteamiento de la recurrente: Ausencia de tipicidad.-

La parte demandante considera que la resolución recurrida es contraria a derecho, porque vulnera el artículo 25 de la CE, por falta de tipicidad en lo que respecta a las operaciones comunicadas sobre instrumentos financieros admitidos a negociación, derivados OTC y en lo referente a la comunicación de la identidad del cliente.

Considera que dicha vulneración del principio de legalidad (tipicidad de la infracción) se ha producido porque, a su juicio, se le ha sancionado como consecuencia del

incumplimiento de una obligación de suministrar a la CNMV una información sobre operaciones ejecutadas en el mercado que no es jurídicamente exigible, porque no se ha producido un desarrollo reglamentario que viene impuesto por el Reglamento (CE) 1287/2006 de la Comisión de 10 de agosto de 2006, de acuerdo con el cual (artículo 13.1): *“Los informes sobre las operaciones a que se refiere el artículo 25, apartado 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**”.*

La autoridad española no ha declarado cual es la información que ya obra en su poder o que no dispone de ella por otros medios; por lo tanto, no existe una obligación jurídicamente exigible de proporcionar esa información, cuyo incumplimiento pudiera constituir una infracción administrativa. Tal previsión es coherente con la normativa española establecida en el artículo 35 f) de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que reconoce con carácter general a los administrados: *“A no presentar documentos (...) que ya se encuentren en poder de la Administración actuante”.*

Existe una exención subjetiva de acuerdo con los artículos 25 de 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) y el apartado 2 del artículo 59 bis de la LMV. A tenor de estos preceptos, están exentos de la obligación general descrita aquellos sujetos obligados cuya información ya sea suministrada "directamente por las sociedades rectoras de los mercados regulados, por las entidades gestoras de los sistemas multilaterales de negociación, o por los sistemas de casamiento de operaciones o de información". Es decir, cuando un tercero remita al regulador, por cuenta del sujeto obligado, idéntica información a la que debiera remitir el sujeto obligado.

Esta exención habrá de ser explícita e individualmente declarada por la CNMV.

Como hemos señalado, es indiscutible que el artículo 13.1 del Reglamento Comunitario dispone que la información que debe remitirse a las autoridades competentes sobre las operaciones a que se refiere el art. 25 de la Directiva MiFID, es la del cuadro 1 del anexo 1 *“que sea pertinente”* y que la autoridad haya declarado *“que no obra ya en su poder o que no dispone de ella por otros medios”*. Es incontrovertible, por tanto, que el legislador europeo pide de la autoridad competente una expresa declaración en la que identifique qué información "pertinente" de la prevista en el cuadro 1 del anexo 1 del Reglamento no está en su poder, para que sea esa información (y no otra) la que se contenga en los informes a que se refiere el art. 25 de la Directiva MiFID.

No es verdad que la LMV haya requerido todos los datos. El artículo 25.1 de la LMV no puede servir como "declaración" a estos efectos; ese artículo establece el deber general de enviar información, pero no es una norma de aplicación directa, sino que está necesitada de desarrollo reglamentario respecto del tipo de información a proporcionar y la forma de hacerlo. Nada en el artículo 25.1 de la LMV permite deducir que se está dando desarrollo al artículo 13.1 del Reglamento Comunitario, declarando que no se

dispone de ninguna información y que toda la información es pertinente. Más aún, el apartado 3 del artículo 59 bis de la LMV se remite expresamente al Reglamento Comunitario, cuyo contenido conocemos.

En segundo lugar, si la LMV dijera eso sería contrario al Reglamento Comunitario, del que resulta la prohibición de pedir datos de los que ya disponga la autoridad nacional. Pretender que se envíe toda la información del cuadro 1 del Anexo 1, sin discriminar aquella que ya obra en poder de las autoridades, supone imponer a las entidades sujetas una carga inútil que el legislador europeo ha exigido expresamente que se les evite por vía del artículo 13.1 del Reglamento Comunitario.

Es decir, el legislador español no puede haber "optado" por ignorar lo que dice un Reglamento Comunitario, y el artículo 59 bis de la LMV no puede ir en contra del artículo 13.1 del Reglamento, por aplicación de los principios de eficacia directa de los Reglamentos Comunitarios y de primacía del Derecho de la Unión sobre el Derecho español, perfectamente conocidos por la CNMV.

En tercer lugar, esa interpretación es contraria al artículo 35.f) de la LRJPAC.

Refiere por último que aun cuando formalmente se exija la información, por no existir una exención expresa, no existe un bien jurídico tutelado, ni daño para el interés público.

TERCERO.- La respuesta que hemos de dar al motivo planteado por la recurrente.-

3.1.- Los motivos que hace valer BBVA son reiteración de los que se formularon en vía administrativa, respecto de los que la CNMV y el Ministerio de Economía dieron cumplida respuesta, mediante la exposición y explicación del régimen jurídico que era aplicable, a la luz de las normas puestas en tela de juicio por la recurrente. Lejos de lo afirmado, acerca de la ausencia de contestación a los motivos y tesis de BBVA, la resolución impugnada ha descartado los mismos, considerando que la tipificación de la conducta sometida a examen en el expediente sancionador no ofrece dudas.

La demandante ha tratado, mediante una argumentación exhaustiva, de justificar que no existe una obligación de comunicar determinada información al amparo del artículo 59 bis de la LMV, habida cuenta que esa norma precisa de un desarrollo reglamentario que no se ha producido, sin que sea suficiente a tal efecto, ni la LMV ni el Reglamento (CE) 1287/2006 de la Comisión de 10 de agosto, por el que se aplica la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y el Consejo en lo relativo a las obligaciones de las empresas de inversión de llevar un registro, la información sobre las empresas de inversión, la información sobre las operaciones, la transparencia del mercado, la admisión a negociación de los instrumentos financieros, y términos definidos a efectos de la Directiva. Y así, entiende que no existe una antijuridicidad material y formal.

Sin embargo, la Sala no puede aceptar tal tesis en atención, precisamente, al contenido de las normas del artículo 59 bis de la LMV y en el Reglamento (CE) 1287/2006.

No es necesario ahondar sobre conceptos esenciales en materia de derecho sancionador, que pone de relieve la actora en su escrito de demanda, acerca del principio de legalidad y la necesidad de una predeterminación normativa que se traduce en una "lex certa", con entidad para establecer los comportamientos que son susceptibles de ser sancionados con suficiente claridad.

Tampoco es necesario recalcar los principios por los que se rigen las relaciones entre el derecho nacional y el derecho comunitario, en aquellas materias que demandan una regulación armonizada, y cuya competencia es asumida por los órganos de la UE (principios de competencia, primacía, eficacia directa de los Reglamentos), toda vez que las partes asumen tal planteamiento como premisa. La cuestión es la interpretación de las normas que ha realizado BBVA, para llegar a la conclusión de que, pese a que había venido remitiendo información a la CNMV en materia de instrumentos financieros, derivados OTC e información de clientes, no existía una obligación de facilitarla.

3.2.- El artículo 59 bis de la LMV y el artículo 11.3 del Reglamento 1287/2006 son normas completas que no precisan de un desarrollo reglamentario, puesto que definen las obligaciones de las entidades financieras que ejecuten operaciones sobre instrumentos financieros, y sólo por medio de una declaración puede ser eximida de la obligación. El sistema, de acuerdo con el tenor literal de las normas, funciona al contrario de lo que propone la demandante. Existe una obligación de información destinada a preservar la integridad del mercado y su correcto funcionamiento, en aras a precaver y evitar el abuso de mercado o el uso de información privilegiada. Es cierto que la LMV dispone que en el artículo 59 bis 1. que: *"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"*.

Esta información puede ser suministrada por un tercero, ya que el párrafo segundo del precepto abre esta opción, en los siguientes términos: *"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"*.

Y añade en el subapartado segundo que: *"Cuando las operaciones sean comunicadas a la Comisión Nacional del Mercado de Valores directamente por las sociedades rectoras de los mercados regulados, por las entidades gestoras de los sistemas multilaterales de negociación, o por los 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 de este artículo"*.

Esta norma viene a reproducir el contenido 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, cuyo artículo 25 (Obligación de preservar la integridad del mercado, de declarar las operaciones y de llevar un registro), impone de forma imperativa la obligación de comunicación:

"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".

Y en caso de que: *"las operaciones sean declaradas directamente a la autoridad competente por un mercado regulado, un SMN o un sistema de casamiento de operaciones o de información aprobado por la autoridad competente, la empresa de inversión podrá ser eximida de la obligación contemplada en el apartado 3".*

Lo que se desprende de las normas citadas es que la Directiva ha impuesto a los Estados una obligación para la exigencia de determinada información con carácter general, y solo en caso de exención esa decaerá, gravando a otros sujetos.

3.3.- El Reglamento (CE) 1287/2006 de la Comisión pretende una forma legislativa que garantice un régimen armonizado en todos los Estados miembros, a fin de fomentar la integración del mercado, reforzando la consolidación de un mercado único y la transparencia del mismo (considerando segundo). La finalidad no es otra que garantizar unas condiciones de mercado equivalentes y el correcto funcionamiento del mercado de valores de la Comunidad (considerando segundo). Y por ello se hace preciso que las autoridades estén debidamente informadas de las operaciones a supervisar, para lo que es necesario que en todas las empresas de inversión se recoja en un único conjunto de datos y que las autoridades dispongan de la mayor proporción de datos (considerando cuarto).

El Reglamento es directamente aplicable en cada Estado miembro y obligatorio en todos sus elementos, conforme dispone su artículo 41 último párrafo, en aplicación de las disposiciones del TFUE (artículo 288). Y a su vez, entronca con lo dispuesto en el artículo 25.7 de la Directiva 2004/39 (CE), en tanto que autoriza a la Comisión para adoptar: *"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."*

Estas medidas, destinadas a modificar elementos no esenciales de la presente Directiva, completándola, se adoptarán con arreglo al procedimiento de reglamentación con

control contemplado en el artículo 64, apartado 2.

El Reglamento en su artículo 13 desarrolla los artículos 25.3 y 5 de la Directiva 2004/39 (CE), y dispone que: *"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"*.

El Anexo establece 23 campos para identificar a la empresa que realiza la comunicación, día de la negociación, hora, indicador de compra o venta, capacidad de negociación (cuenta propia o ajena), identificación del instrumento (nombre del instrumento o características del contrato de derivados), tipo de código del instrumento, identificación del instrumento subyacente, tipo de instrumento según clasificación armonizada, tipo de derivado, contraparte, identificación del sistema de negociación (código armonizado para los sistema de negociación o código OTC en los demás casos),...

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.

CUARTO.- El caso de los derivados OTC y la información de clientes.-

4.1.- La entidad demandante considera que los derivados OTC no aparecen incluidos en la obligación de comunicación establecida en el artículo 59 bis de la LMV, pese a que la CNMV insista en que el Reglamento comunitario es aplicable y suficiente, y que las Guías publicadas por la CNMV son un mero recordatorio de la obligación legal que tienen la finalidad de clarificar y detallar el contenido del Anexo I del Reglamento comunitario. A su juicio las Guías amplían los requisitos establecidos en los 23 campos del Reglamento, cuando lo cierto es que el legislador previó en el artículo 59 bis 3 de la LMV, que: *"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”.*

Así, la obligación de información exige un desarrollo reglamentario que no se ha producido, deviniendo la conducta atípica.

Entiende que los derivados OTC no se negocian en mercados organizados y que por su complejidad y particularidades han quedado excluidos de la obligación de comunicación de la Directiva MiFID.

En particular remarca, como prueba de la innovación normativa que contienen las Guías, que a raíz de la publicación de la Guía de Comunicaciones el 29 de noviembre de 2013, la Nota de Prensa de la CNMV indica lo siguiente: *“A raíz de las dudas que las entidades obligadas y los canales de comunicación han ido planteando, así como fruto del continuo trabajo de supervisión que se realiza, se ha estimado pertinente realizar las siguientes aclaraciones sobre determinados aspectos de la Guía.”* y continúa en su número 3: *“Aclarar que para los derivados no identificados con ISIN ni Aii es posible utilizar el valor N (Nominal) o D (Derivados) en el campo Notación Cantidad (campo 3.13 de la Guía), siempre que se mantenga la coherencia con el campo Multiplicador del Precio (campo 3.8.3.9 de la Guía).”* ¿Dónde está la referencia al Anexo 1 del Reglamento Comunitario?

4.2.- La Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, establece normas sobre transparencia e integridad del mercado, y el artículo 25 (“Obligación de preservar la integridad del mercado, de declarar las operaciones y de llevar un registro”), dispone que: “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”.

El Reglamento establece en el artículo 13.1 que: *“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 I del anexo I del presente Reglamento (...).”* En el Anexo, se hace específica referencia en el Anexo I a la descripción de la información, entre la que se incluyen los contratos de derivados y OTC:

- Campo 6: Identificación del instrumento, y *“en caso de un contrato de derivados, las características del contrato”.*

- Campo 8: Identificación del instrumento subyacente: la identificación del instrumento aplicable al valor que es el activo subyacente en un contrato de derivados, así como el valor negociable, con arreglo al artículo 4 apartado 1 punto 18, letra c de la Directiva 2004/39/CE.
- Campo 9: Tipo de código de identificación del instrumento subyacente.
- Campo 10: Tipo de instrumento (clasificación armonizada).
- Campo 11: Fecha de vencimiento: incluye los contratos de derivados y deuda titulizada.
- Campo 15: Multiplicador del precio (número de derivados o valores representados por un contrato).
- Campo 16: Precio unitario (precio por valor o contrato de derivados).
- Campo 18: Cantidad: número de contratos de derivados incluidos en la operación.
- Campo 19: Notación de la operación: Indicación de si la cantidad es el número de participaciones de instrumentos financieros, el valor nominal de las obligaciones o el número de contratos de derivados.
- Campo 20: Contraparte (indicación de Cliente cuando la contraparte no sea una empresa de inversión, un mercado regulado, un SMN o una entidad que actúe como contrapartida central).
- Campo 21: Identificación del sistema de negociación, en el que se haya realizado la operación, que consistirá en lo siguiente: + en los casos en que se trate de un sistema de negociación su código armonizado único de identificación; + en los demás casos "el código OTC".

Puede apreciarse fácilmente que el Reglamento se refiere a cualquier instrumento o producto financiero, ya se negocie a través de un sistema de negociación o no (OTC, acrónimo de "over the counter" o mercado extrabursátil). Y que existe una referencia explícita a los OTC, por lo que mal puede afirmarse que no entran en el campo de aplicación de la legislación obligatoria, o que no se recogen detalles de información, porque sí que los hay. Cosa distinta es que las Guías elaboradas por la CNMV hayan aclarado el contenido de esa información, las especificaciones o aspectos que no comportan sino detalle de obligaciones que aparecen reflejadas en el Reglamento.

En lo referente a la notación de la cantidad, los campos 19 y 15 son coherentes con la información que indica el recurrente sobre la base de las exigencias de la Guía. Lo que se pretende es un detalle de "si la cantidad es el número de participaciones de instrumentos financieros, el valor nominal de las obligaciones o el número de contratos de derivados"; lo que guarda correspondencia con el campo 15 (multiplicador del precio, en el que se han

de indicar el número de participaciones o número de derivados o valores representados en un contrato). Por ello, la Guía no contradice el Anexo I cuando mantiene que *"es posible utilizar el valor N (nominal) o D (derivados) en el campo Notación Cantidad (campo 3.13. de la Guía), siempre que se mantenga la coherencia con el campo Multiplicador del Precio..."*.

Por lo demás, la actora no alega otras contradicciones que permitan confirmar que efectivamente se ha producido una extensión del contenido del Anexo I del Reglamento.

4.3.- Por lo que respecta a la obligación de informar acerca de los clientes, el argumento que utiliza la demandante tampoco es susceptible de ser apreciado. Tal y como afirma la CNMV el desarrollo reglamentario previsto en el artículo 59 bis.3 de la LMV se ha producido de forma completa, sin que sea preciso un nuevo marco de concreción de las obligaciones que incumben a las entidades de crédito.

El artículo 59 bis.3 segundo de la LMV establece que: *"Adicionalmente, las entidades indicadas en el apartado 1 de este artículo deberán facilitar a la CNMV, en la forma y plazos que se determinen reglamentariamente, la identidad de los clientes por cuenta de los cuales hayan ejecutado sus operaciones"*.

Sin embargo el desarrollo reglamentario, sí que ha tenido lugar a través de la Disposición adicional única del 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 servicios de inversión. Este reglamento dispone expresamente cuales son las obligaciones atinentes a la información:

- *"la comunicación (...) deberá realizarse no más tarde del día hábil siguiente a la ejecución de la operación"* (párrafo 1).
- *"se considerará cliente a quien, en el registro contable de los instrumentos, 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"* (párrafo 2).
- Identificación: *"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"; 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, e "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", autorizándose a la CNMV a "establecer códigos o formatos de identificación suplementarios para los casos de personas, como los menores de edad o los que no tengan domicilio fiscal en España y que, por tanto, carezcan de NIF o CIF"* (párrafo 2 segundo y tercero).

- *“La comunicación se realizará por los cauces técnicos y con los formatos que establezca”* la CNMV que, asimismo, podrá establecer *“especificaciones técnicas de los envíos de las comunicaciones y procedimientos para su adecuada recepción y tratamiento”* (párrafo 1 segundo).

De aquí no se desprende una ausencia de regulación de desarrollo, sino todo lo contrario, ya que este Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero ha venido a establecer la forma, modo de identificar al cliente, así como el plazo para cumplir la obligación. Y además atribuye a la CNMV la facultad de diseñar los procedimientos de comunicación y sus especificaciones técnicas, para lo cual se revela mecanismo idóneo las Guías. El motivo deber ser desestimado.

QUINTO.- Culpabilidad y Proporcionalidad de la sanción.-

5.1.- La entidad recurrente hace una extensa argumentación acerca de la irrelevancia de los hechos que han sido objeto de sanción, considerando que ha de remitir un volumen considerable de datos, que al ser cargados provoca errores involuntarios que ha tratado de corregir, sin que la Administración lo haya tenido en consideración, a la hora de valorar los elementos de hecho y su tipificación. Añade que la complejidad técnica que exige el cumplimiento de estas obligaciones demanda una adaptación y diálogo constante, que no obstante ha venido cumpliendo.

Refiere que la sanción es desproporcionada y que se ha tenido en cuenta el elemento de la reiteración, cuando el tipo punitivo define la reiteración como elemento del tipo que no puede servir de agravación.

Las alegaciones que trae a colación la demandante, reiteran las tesis que fueron esgrimidas en vía administrativa, que se desestimaron tanto en la resolución sancionadora como en la resolución del recurso que ahora se enjuicia. La demandada resolvió de forma adecuada a derecho dichas alegaciones, poniendo el acento en una culpabilidad a título de mera negligencia y en el hecho de que durante el periodo de análisis (2 de noviembre de 2008 a 31 de marzo de 2010) y de posterior comprobación de los informes comunicados (18 y 22 de octubre de 2012) se detectaron sendos incumplimientos, que se detallan en el Pliego de Cargos y en los hechos probados de la resolución sancionadora impugnada en origen. Es decir, se trata de un comportamiento prolongado en el tiempo en el que se anotan numerosos déficits en la calidad de la información que se ha de poner a disposición del regulador para el adecuado cumplimiento de la función supervisora del mercado. Tal cúmulo de irregularidades evidencian defectos que distorsionan la comunicación eficaz, en orden a garantizar la transparencia del mercado. Por lo tanto, mal puede afirmarse que se trata de defectos atribuibles al sistema o a errores de interpretación no reprochables, que fácilmente se podrían solventar por medio de los canales ordinarios de consulta. Y lo que es más, tales errores se han mantenido en el tiempo, habida cuenta que en el momento de verificación de la calidad de la información (18 y 22 de octubre de 2012), tras sucesivos requerimientos por parte de la CNMV algunos de ellos persistían.

5.2.- Y finalmente, la demandante plantea una vulneración del principio de proporcionalidad, que tampoco puede prosperar, desde el momento en que la Sala constata que la multa que puede ser impuesta en este caso podría ascender hasta los 374 millones de euros (2% de los recursos propios, según el artículo 103 a) LMV), pero la multa cuestionada se fijó en 200.000 euros. Es patente que la graduación está dentro del tercio inferior (que podría alcanzar hasta 124,67 millones de euros), y dentro de dicho tercio (la multa no alcanza ni el 0,2% del tope máximo del tercio mínimo), por lo que en modo alguno puede afirmarse que sea desproporcionada.

También afirma BBVA que se ha considerado en la graduación el elemento de reiteración del artículo 131 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que ya está incluido en el tipo; y que por el contrario no se han considerado atenuantes como la ausencia de perjuicios, inexistencia a beneficios para la sancionada, o subsanación de la infracción. En primer lugar, se ha de reiterar que la imposición de la sanción en el grado mínimo del tercio inferior, en una cuantía tal alejada de los máximos permitidos no puede lesionar el principio de proporcionalidad, como bien recuerda la resolución sancionadora, con cita de sendas sentencia de esta Sala.

Es cierto que el tipo sancionador castiga la “comunicación reiterada de operaciones de forma defectuosa”, y que el artículo 131.3 de la Ley 30/1992 prevé como criterios de graduación de la sanción “a) la existencia de intencionalidad o reiteración”. No es una norma de agravación propiamente, como alega la demandante, sino un criterio de individualización de la sanción, que opera tanto “en la determinación normativa del régimen sancionador” como en “la imposición de las sanciones” (artículo 131.3 Ley 30/1992), a fin de adecuar la gravedad del hecho a la sanción aplicada y prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas (artículo 131.2 de la Ley 30/1992). Desde esta perspectiva la sanción no es desde luego desproporcionada ni resulta incorrectamente graduada (que no agravada), ya que lo que valora es precisamente la entidad y características del comportamiento integrador del tipo y su prolongación temporal.

Por último, tampoco es dable acudir a las atenuantes que cita BBVA, en tanto que no hay previsión legal en orden a provocar a través de tales circunstancias una degradación de la sanción hasta el nivel simbólico propuesto de un euro.

SEXTO.- El recurso debe desestimarse y en consecuencia las costas se impondrán a la actora, de acuerdo con el criterio del vencimiento objetivo, que establece el artículo 139.1 de la LJCA.

FALLO

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.

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.

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.