

AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 30 DE MAYO DE 2018

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª

Recurso nº.: 1487/2018
Ponente: D. Luis María Díez-Picazo Giménez
Acto impugnado: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, de 28 de noviembre de 2017
Fallo: Inadmisión

En Madrid, a 30 de mayo de 2018.

HECHOS

PRIMERO- En virtud de resolución del Subsecretario de Economía, Industria y Competitividad, dictada por delegación del Ministro de Economía, Industria y Competitividad, se desestima el recurso de alzada interpuesto por Caixabank, S.A. contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) de 18 de julio de 2016, que impone a la citada entidad de crédito una sanción de 750.000 euros por la comisión de la infracción grave prevista en el artículo 296.6 del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores (expediente nº 18/2015) por mal funcionamiento de su servicio de atención al cliente durante el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2012 y el 28 de febrero de 2014.

Frente a la resolución administrativa anterior, la entidad bancaria Caixabank interpone recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, la cual dicta sentencia el 28 de noviembre de 2017 en los autos del recurso contencioso-administrativo (por el cauce de protección de derechos fundamentales) nº 1/2017.

La sentencia desestima íntegramente el recurso, considerando, en síntesis, lo siguiente: 1) respecto del principio de tipicidad, que el mismo no se ha vulnerado por la aplicación de una ley no vigente (el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores), y ello porque, aún siendo cierto que se ha tipificado la conducta con arreglo a una norma que no estaba vigente en el momento de producirse los hechos, no se vulnera el principio de tipicidad por cuanto se ha sancionado una conducta que cuando se realizó constituía una infracción grave, al no existir variación literal entre el artículo 296.6 del TRLMV y el anterior artículo 100.z) quinquies de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LMV), ya que ambos preceptos tipifican como infracción grave «el mal funcionamiento del departamento o servicio de atención al cliente»; 2) no se está aplicando retroactivamente una ley menos favorable al infractor, ya que el principio de irretroactividad consagrado en el artículo 25 CE solo prohíbe la irretroactividad de las normas desfavorables, pero no abarca la aplicación retroactiva de una norma que no es ni favorable ni desfavorable al ser de idéntico contenido una norma y otra, tratándose de un texto refundido, invocando como fundamento la STC 69/1989, de 20 de abril; 3) el principio de tipicidad no se opone a la utilización de conceptos indeterminables, a la realización de tipificaciones genéricas o totales, excesivamente extensas o absolutamente inconcretas, de modo que en este caso hay una delimitación legal del tipo infractor lo suficientemente específico del contorno de la infracción como para excluir una interpretación expansiva del ámbito típico, contando con un marco de referencia como es la Orden ECO/734/2004, de 1 de marzo; 4) se desvirtúa el motivo alegado por Caixabank en relación con que la atención de las reclamaciones y consultas de sus clientes se sitúa por encima de la media de las entidades financieras españolas con resoluciones favorables a los usuarios, ya que ello significa que la entidad no ha actuado conforme a la normativa de transparencia y protección del inversor o a las

buenas prácticas y usos financieros; 5) sobre la vulneración del principio de presunción de inocencia, la Sala considera que no se ha producido en el caso de autos, toda vez que se ha practicado una actividad probatoria de cargo suficiente de la que se puede inferir de forma razonable la participación del sujeto infractor en el hecho punible; 6) en relación con el principio de culpabilidad, la sentencia impugnada concluye, en consonancia con la resolución administrativa impugnada, que el tipo infractor que se imputa no requiere ningún elemento subjetivo especial para su consumación para referirse a que la actuación que se imputa se lleva a cabo a título de negligencia, deber de diligencia exigible que no se ha cumplido en el caso de autos, además de entender que la responsabilidad administrativa que como consecuencia de una sanción recae sobre la persona jurídica que se ha fusionado no se extingue con la fusión, sino que se traslada a la entidad con la que se ha fusionado (como es el caso de la entidad Banco de Valencia, adquirida por CaixaBank), razón por la cual existe en este caso continuidad empresarial material respecto a las entidades fusionadas.

SEGUNDO.- Disconforme con la sentencia desestimatoria anterior, el representante de la entidad bancaria prepara recurso de casación, considerando infringidos los artículos 25.1 CE en relación con el artículo 9.3 de la Norma Fundamental, la STS de 17/10/2001 (RCUD 2247/1996), y las sentencias del Tribunal Constitucional 38/1997, de 27 de febrero y 62/1997, de 7 de abril.

La parte recurrente considera, en síntesis, que se le ha aplicado una norma – el Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015 – que no estaba en vigor cuando se cometió la infracción, razón por la que se ha vulnerado el principio de irretroactividad de las normas sancionadoras, y ello porque la jurisprudencia de este Tribunal Supremo se ha pronunciado - en el RCUD 2247/1996 citado - en el sentido de que, para aplicar retroactivamente una norma sancionadora es necesario que el nuevo precepto sea más favorable al infractor o, cuando menos, que sancione la infracción de modo diferente. Al respecto, considera la parte recurrente que no son congruentes los argumentos vertidos por la Sala de la Audiencia Nacional en su sentencia con la STC 69/1989 que emplea para dejar desvirtuada la alegación de vulneración del principio de irretroactividad porque solo cabe concluir que la norma aplicable es la que está en vigor en el momento en que se comete la infracción, salvo que proceda la aplicación retroactiva de la norma posterior por ser ésta más favorable. En definitiva, considera que la interpretación que ha de darse al artículo 25 CE es la de que toda retroactividad en la aplicación de una norma que no sea *in bonus* o favorable al infractor no puede operar. Entiende la parte actora en casación que la vulneración del principio de irretroactividad y del principio de tipicidad contaminan la resolución sancionadora de un vicio de nulidad de pleno derecho conforme al artículo 41.1.a) de la vigente Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

La parte recurrente fundamenta el recurso de casación en los siguientes motivos del artículo 88.2 LJCA: apartado a), por considerar que se fija una interpretación de normas de Derecho estatal contradictoria con la establecida por otros órganos jurisdiccionales (STC 69/1989 y STS de 17/10/2001); apartado e) por entender que la sentencia impugnada interpreta y aplica con error y como fundamento de su decisión una

doctrina constitucional; apartado i) por haber sido dictada la sentencia de instancia en un procedimiento especial de derechos fundamentales; así como el apartado d) del artículo 88.3 LJCA, que establece la presunción de la existencia de interés casacional objetivo cuando se resuelvan recursos contra actos de los organismos reguladores o de supervisión.

TERCERO.- Por auto de 12 de febrero de 2018 la Sala de instancia tuvo por preparado el recurso de casación, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia en el plazo de 30 días ante esta Sala del Tribunal Supremo, así como la remisión a la misma de los autos originales y del expediente administrativo.

Se ha personado la representación procesal de la entidad de crédito Caixabank, S.A., en concepto de recurrente, así como la representación procesal de la Abogacía del Estado, en concepto de parte recurrida, formulando oposición por las razones que en su escrito expone.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Luis María Díez-Picazo Giménez, Presidente de la Sala.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La sentencia contra la que se prepara el presente recurso de casación desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la mercantil Caixabank, S.A. contra la resolución del Subsecretario de Economía, Industria y Competitividad, dictada por delegación del Ministro de Economía, Industria y Competitividad, mediante la cual se desestima el recurso de alzada interpuesto contra la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) de 18 de julio de 2016, que impone a Caixabank, S.A. una sanción de 750.000 euros por la comisión de la infracción grave prevista en el artículo 296.6 del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores (expediente nº 18/2015) por mal funcionamiento de su servicio de atención al cliente durante el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2012 y el 28 de febrero de 2014.

Como se ha puesto de manifiesto en los antecedentes fácticos de esta resolución, la entidad de crédito recurrente se alza contra la decisión judicial que confirma la resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores al entender que la sentencia ha interpretado erróneamente la doctrina constitucional y la jurisprudencia de este Tribunal Supremo en relación con el principio de irretroactividad constitucionalmente consagrado en el artículo 25 de la Constitución Española, en relación con el artículo 9.3 de la misma Norma Fundamental. A juicio de la parte actora, la única interpretación posible que ha de darse al artículo 25 CE es otra que considerar que toda retroactividad en la aplicación de una norma que no sea *in bonus* o favorable al infractor no puede operar, no pudiendo hacerse aún cuando la norma posterior reproduzca idénticamente el tipo infractor de la norma anterior que resultaría aplicable por la fecha de comisión de los hechos, sin variación literal alguna.

SEGUNDO.- Planteada en estos términos la controversia, y cumplidos los requisitos que el artículo 89. 2 LJCA impone al escrito de preparación, no es posible obviar que se aduce la concurrencia de la presunción establecida en el apartado d) del artículo 88.3 de la LJCA, cuyo análisis, por tanto, hemos de acometer en primer lugar.

Ciertamente, el artículo 88.3 d) LJCA establece una presunción legal de concurrencia de interés objetivo casacional que se proyecta sobre aquellas sentencias que resuelvan recursos contra actos o disposiciones de los organismos reguladores o de supervisión - entre los cuales, sin duda, se encuentra la Comisión Nacional del Mercado de Valores - cuyo enjuiciamiento corresponde en única instancia a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional – *vid.* ATS de 18 de abril de 2017 (RCA 116/2017) -. Concorre pues, *a priori*, la presunción de interés objetivo casacional invocada por la entidad recurrente. Así, en lo que aquí interesa, concurren los elementos que exige el artículo 88.3 d) LJCA para que resulte operativa la presunción: la naturaleza de regulador o supervisor (de un determinado sector) del órgano que dicta el acto y la atribución de su enjuiciamiento en única instancia a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, teniendo muy presente cuanto se expone en el auto de esta misma Sala Tercera del Tribunal Supremo dictado el 12 de junio de 2017 (RC 1883/2017), en el que se concluye (*vid.* Razonamiento Jurídico Segundo) que si bien el acto recurrido es una resolución dictada por el Subsecretario de Economía, Industria y Competitividad (por delegación del Ministro), sin embargo una lectura contextualizada e integrada del artículo 88.3.d) LJCA en relación con lo dispuesto en la Disposición adicional cuarta y en el art. 11.1.b) de la Ley de esta Jurisdicción lleva a concluir que tiene plena operatividad la presunción del interés casacional objetivo consagrada en el citado artículo 88.3.d) de la Ley ritaria.

No obstante, en relación con la citada presunción también hemos manifestado ya en diversas ocasiones – entre otros, en los ATS de 10 de abril de 2017 (RRCA 225/2017 y 227/2017) - que no se trata de una presunción de carácter absoluto pues el propio artículo 88.3 LJCA, *in fine*, permite inadmitir (mediante «auto motivado») los recursos inicialmente beneficiados por la misma cuando este Tribunal Supremo «aprecie que el asunto carece manifiestamente de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia». Con relación a este inciso procede que hagamos algunas puntualizaciones:

- 1º) Por tal «asunto» ha de entenderse no tanto el tema litigioso de la instancia, globalmente considerado, sino más bien el que la propia parte recurrente plantea en su escrito de preparación, pues es a éste al que se refiere al fin y al cabo el juicio sobre el interés casacional que justifica la admisión del recurso; y
- 2º) La inclusión del adverbio «manifiestamente» implica que la carencia de interés ha de ser claramente apreciable sin necesidad de complejos razonamientos o profundos estudios del tema litigioso.

TERCERO.- Pues bien, aplicando estas premisas al caso que nos ocupa, hemos de concluir que las cuestiones planteadas y las alegaciones desplegadas en el escrito de preparación deben considerarse manifiestamente carentes de interés casacional.

Así, en relación con la aplicación retroactiva del artículo 296.6 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores, la sentencia recurrida considera que no se infringe el principio de irretroactividad toda vez que no se ha sancionado una conducta que cuando se cometió no constituyese una infracción grave, al no existir variación literal alguna entre el citado artículo 296.6 del TRLMV con el artículo 100.z) quinquies de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, cuya aplicación considera la parte actora que debió acometerse, atendiendo a la fecha de comisión de la infracción.

Sin embargo, resulta evidente que lo que la parte actora persigue con su argumentación es una interpretación de tal principio constitucional, a la luz del caso de autos, que conduciría al mismo resultado práctico que el obtenido con la resolución judicial aquí impugnada. Tratándose de un tipo infractor cuya redacción es absolutamente idéntica en una disposición normativa y en otra (sin poder abstraernos de la naturaleza y finalidad propia de un texto refundido, aún conociendo la doctrina constitucional invocada por la parte recurrente, la STC 166/2007, de 4 de julio), concurriendo el tipo infractor tal y como ha sido definido en ambos cuerpos legales, sin variación alguna (como tampoco ha variado el cuadro sancionador correspondiente a las infracciones graves en ambas disposiciones normativas), la interpretación que conduzca a que no es posible aplicar retroactivamente una norma posterior aunque ésta no produzca efectos favorables ni desfavorables por ser mera reproducción en el tipo que la anterior, no anuda efecto útil alguno que permita apreciar la existencia de interés casacional objetivo en el caso planteado. Se trata, en fin, de un supuesto de mera aplicación y concurrencia en el supuesto de hecho de un tipo infractor tipificado y legalmente previsto, más que de un supuesto de retroactividad o irretroactividad de una norma.

Sobre la base de lo expuesto, se evidencia la ausencia de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, carencia casacional que también cabe predicar si consideramos el resto de supuestos del art. 88.2 LJCA alegados. Y ello toda vez que esta Sala considera que no concurre el supuesto de interés casacional previsto en la letra a) del artículo 88.2 LJCA por no apreciarse una interpretación de las normas contradictoria con la doctrina constitucional ni con la jurisprudencia alegada de este Tribunal Supremo; asimismo, tampoco se aprecia la concurrencia del supuesto previsto en la letra e) del artículo 88.2 LJCA por cuanto la sentencia impugnada en casación no interpreta ni aplica con aparente error la doctrina constitucional invocada en las actuaciones; como tampoco concurre el supuesto de la letra i) del artículo 88.2 LJCA, toda vez que el hecho de que una resolución judicial haya recaído en un procedimiento especial de protección de derechos fundamentales no constituye más que un indicio sobre su posible interés casacional, pero no convierte dicha sentencia en susceptible de casación de forma automática, ya que pesa sobre la parte recurrente la carga de justificar este extremo mediante una referencia circunstanciada al caso controvertido y al concreto derecho fundamental afectado (*vid.* ATS de 15/03/2017, RQ 110/2017).

CUARTO.- Procede, por tanto, declarar la inadmisión del recurso. Y, de conformidad con lo previsto en el artículo 90.8 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, ello comporta la imposición de las costas a la parte recurrente. Ahora bien, como autoriza ese mismo precepto, la Sala considera procedente limitar hasta una cifra máxima de 2.000 euros la cantidad que la parte condenada al pago de las costas ha de satisfacer a la parte recurrida por todos los conceptos.

Por lo expuesto,

La Sección de Admisión acuerda:

PRIMERO.- Declarar la inadmisión a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal de Caixabank, S.A. contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el 28 de noviembre de 2017 en los autos del recurso contencioso-administrativo (por el cauce de protección de derechos fundamentales) nº 1/2017.

SEGUNDO.- Imponer a la parte recurrente las costas procesales causadas en este recurso hasta la cifra máxima, por todos los conceptos, de 2.000 euros.

TERCERO.- Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto, con devolución de las actuaciones procesales y el expediente administrativo recibido.

El presente auto, contra el que no cabe recurso alguno, es firme.

Así lo acuerdan y firman.