

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 14 DE JULIO DE 2020

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª

Recurso nº.: 28/2018
Ponente: Dª. Lucía Acín Aguado
Acto impugnado: Resolución del Ministerio de Economía, industria y Competitividad de 6 de noviembre de 2017 que confirma en alzada la Resolución del Consejo de la CNMV de 26 de abril de 2017.
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a catorce de julio de dos mil veinte.

Visto el recurso contencioso administrativo nº 28/2018 que ante esta Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha interpuesto **RENTA 4 BANCO SA** representado por la Procuradora de los Tribunales Doña. SCM y asistida de la letrada D^a. CVO contra la resolución del Ministro de Economía, Industria y Competitividad de 6 de noviembre de 2017 por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 26 de abril de 2017, por la que se impuso a la sociedad recurrente una sanción consistente en multa de 500.000 euros por la comisión de una infracción muy grave de la Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores. La Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado. La cuantía del recurso es de 500.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO: El 16 de enero de 2018 la representación procesal de la parte actora interpuso recurso contencioso-administrativo contra el acto indicado en el encabezamiento de esta sentencia ante esta Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional. Se turnó a la sección tercera donde fue admitido a trámite, reclamándose el expediente administrativo. Presentada demanda el 27 de marzo de 2018 la parte solicitó: *“dicte sentencia por la que, estimando totalmente el mismo, declare nula o no ser ajustada a Derecho la Resolución de fecha 6 de noviembre de 2017, del Secretario General Técnico del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, por sustitución del Subsecretario de Economía, Industria y Competitividad, por delegación del Ministro de Economía, Industria y Competitividad de acuerdo con la Orden ECC 1695/2012, de 27 de julio), que desestima el Recurso de alzada interpuesto contra la Resolución adoptada por el Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de fecha 26 de abril de 2017, por la que se resolvió el expediente administrativo sancionador incoado a Renta 4 Banco, S.A., que igualmente se impugna o, subsidiariamente reduzca la calificación de la infracción y/o el importe de la multa por infracción del principio de proporcionalidad”*.

Se emplazó al Abogado del Estado, que contestó a la demanda mediante escrito de 18 de mayo de 2018 en el que solicitó dicte sentencia desestimando el mismo y declarando la conformidad a Derecho de la resolución recurrida, con imposición de costas a la parte actora. Recibido el recurso a prueba y presentadas conclusiones quedaron el 4 de julio de 2018 los autos pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que se efectuó para el 30 de junio de 2020.

VISTOS los artículos legales citados por las partes y demás de general y pertinente aplicación, y siendo Ponente Doña Lucía Acín Aguado, Magistrada de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El acto recurrido es la resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 26 de abril de 2017 por la que se impuso a Renta 4 Banco S.A. una sanción consistente en multa de 500.000 euros por la comisión de una infracción muy grave de la Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores (en adelante LMV), así como la resolución del Ministro de Economía y Competitividad por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto frente a aquélla.

El hecho por el que se sanciona es por el incumplimiento del deber de advertir a los clientes sobre la conveniencia o la ausencia de datos para valorar la conveniencia de operaciones referidas a productos complejos y la ausencia de evaluación de conveniencia de operaciones no complejas y del deber de advertir a los clientes respecto a la falta de obligación de la entidad de evaluación en los supuestos de "solo ejecución" en el periodo comprendido entre el 1 de enero al 31 de diciembre de 2014. En concreto:

1. En la tramitación de operaciones referidas a instrumentos de contado cotizados complejos, la entidad no mostraba a los clientes las advertencias exigidas relativas a la evaluación de la conveniencia de la operación (ni la advertencia de que la operación no era conveniente, ni la advertencia de que la entidad no había evaluado la operación por no haber facilitado el cliente los datos necesarios para ello), ni tampoco se recababan las correspondientes expresiones manuscritas. De acuerdo al análisis realizado, las operaciones tramitadas en 2014 afectadas por la deficiencia procedimental descrita en la que, además, los clientes carecían de experiencia previa en instrumentos complejos de similar naturaleza a los adquiridos, ascendía a 152 por un importe total de 1,7 millones de euros, las cuales suponían el 100% de los productos complejos de contado cotizados en las que se hubiera debido advertir al cliente y recabar su firma manuscrita y sin embargo la Entidad incumplió ambas obligaciones.

2. En la tramitación de operaciones en el canal internet referidas a instrumentos derivados (warrants, CFDs, opciones y futuros), cuando el cliente contaba en su navegador con un filtro anti 'pop up' no se le mostraban las advertencias relativas a la evaluación de la conveniencia (ni la advertencia de que la operación era no conveniente, ni la advertencia de que la entidad no habrá evaluado la operación por no haber facilitado el cliente los datos necesarios para ello), ni tampoco se recababan las correspondientes expresiones manuscritas. Aplicando los porcentajes de incidencia determinados por la propia Entidad podría estimarse el número de operaciones a las que no se realizaron las correspondientes advertencias en unas 122 operaciones por importe de 256.000 euros.

3. En la tramitación de operaciones referidas a instrumentos no complejos Renta 4 Banco S.A. no evaluaba, en ningún caso, la conveniencia de las mismas. Adicionalmente, pese a que todas las operaciones referidas a este tipo de instrumentos se considerasen tramitadas en el contexto de "sola ejecución", no se realizaban las advertencias correspondientes a dicha situación a los clientes. Aplicando los porcentajes de incidencia determinados por la propia Entidad al colectivo de operaciones sobre derivados con resultado no conveniente o no evaluadas, tramitadas a través del canal internet, podría

estimarse el número de operaciones a las que no se realizaron las correspondientes advertencias en unas 1.740 operaciones por importe de 4,3 millones de euros.

La infracción se califica como muy grave prevista en el artículo 99 letra z bis de la LMV (con el mismo contenido el artículo 284.1 TRLMV) al considerar la CNMV que el incumplimiento no es ni puntual, ni aislado u ocasional dado que los incumplimientos de las obligaciones de información a clientes eran incumplimientos sistemáticos, que las obligaciones no se cumplían en ningún supuesto en el que nacía la obligación de informar mediante advertencias, llegando a afectar a la totalidad de los supuestos en que los clientes debían ser advertidos.

Se acuerda imponer entre las sanciones previstas para las infracciones muy graves en el artículo 102 LMV la sanción de multa por importe de 500.000 euros. El importe máximo era de 2.813.050 euros, que es el 5% de los recursos propios del Banco del último ejercicio cerrado con anterioridad al periodo constitutivo de infracción, por tanto, año 2013 y que ascendían a 56.261.000 euros. Para la graduación de la multa se tiene en cuenta lo siguiente:

1. El hecho de haber sido impuesta a Renta 4 Banco S.A. una sanción firme por vulneración de normas de ordenación y disciplina del mercado de valores en los últimos cinco años (artículo 106 ter 1.1) de la LMV, sanción que fue impuesta por resolución del Consejo de la CNMV de 20 de abril de 2016, que sancionaba la comisión por parte de Renta 4 Banco de una infracción grave tipificada en el artículo 100, letra w), en relación con el artículo 83 ter 1 a), ambos de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

2. Aun cuando se imputa un solo incumplimiento por recogerse en el mismo tipo infractor nos encontramos ante varias incidencias que afectan a diversas advertencias sobre distintos instrumentos financieros, también debe tenerse en cuenta el impacto o alcance de los incumplimientos que finalmente afectaron a un total 29.995 operaciones (152 operaciones la primera incidencia, 122 operaciones la segunda incidencia y 29.721 la tercera).

3. No cabe considerar el haber procedido a la implementación de un plan para subsanar las deficiencias detectadas y mejorar sus procedimientos en el ámbito de la evaluación de conveniencia como criterio de dosimetría punitiva, puesto que esto no supone la subsanación por propia iniciativa de los incumplimientos, sino como la propia expedientada reconoce explícitamente que ello supuso el cumplimiento de los compromisos adquiridos con el Departamento de Supervisión de la CNMV durante la inspección.

La parte dispositiva de la resolución de la CNMV de 26 de abril de 2017, una vez firme, fue publicada en el BOE nº 315 de 28 de diciembre de 2017 conforme al artículo 102.2 de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores (actualmente 304 del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015) que establece que las sanciones por infracciones muy graves son publicadas en el BOE, una vez sean firmes en vía administrativa.

SEGUNDO: La parte recurrente en escrito de demanda realiza las siguientes alegaciones:

1. Nulidad radical de la resolución impugnada por infracción del principio de tipicidad.
2. Nulidad por infracción del principio de culpabilidad.
3. Subsidiariamente infracción del principio de proporcionalidad de la sanción.

TERCERO: Infracción del principio de tipicidad.

La CNMV considera que la conducta de Renta 4 Banco SA. es subsumible en el artículo 99 z) bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, LMV, que establecía como conducta típica el incumplimiento del artículo 79 cuando no sea ocasional o aislado.

La CNMV argumenta que el incumplimiento no es ocasional ni aislado, señalando lo siguiente:

“los hechos ponen de manifiesto que los incumplimientos imputados afectan a las condiciones mismas en que la Entidad había planeado la prestación del servicio y a la falta de establecimientos de los procedimientos oportunos para poder detectar cuando se producían los supuestos que debían ser objeto de advertencia, por tanto, en ningún caso puede calificarse como ocasional aislado y no , aunque también por el porcentaje de clientes afectados por el mismo, sino por su carácter estructural y sistemático. Adicionalmente, afectan a una pluralidad de clientes, sin que se limite a ningún sector de los mismos (aislado) sin que se pueda entender circunscrito a un momento temporal concreto (ocasional)”.

Entiende el recurrente que ese concepto jurídico indeterminado “ocasional y aislado” no ha sido concretado por la CNMV atendiendo a criterios lógicos o técnicos ya que los incumplimientos imputados en modo alguno revisten suficiente entidad para considerarlos no ocasional o aislado tomando como referencia el total de operaciones realizadas en 2014 en cada uno de los tipos de operaciones. Así:

1. Las operaciones analizadas relativas a la evaluación de conveniencia en instrumentos de contados complejos, admitiendo el criterio de la DSEE, ascienden a 152 operaciones por importe de 1,7 millones de euros, lo cual supone, sobre el total de operaciones de compra sobre productos de contado complejos, 10.338 referentes a instrumentos de contado tramitadas en 2014 un porcentaje de 1,44% en número de operaciones y de un 1,5% en términos de importe.
2. Las operaciones analizadas relativas a la evaluación de conveniencia en instrumentos complejos derivados, según CNMV, aplicando los porcentajes de incidencia obtenidos de la muestra por la Entidad, ascienden a 122 operaciones por importe de 256 mil euros, lo cual supone, sobre el total de operaciones de compra sobre idénticos instrumentos financieros tramitados a través de internet con resultado de no conveniente o no evaluado de clientes que carecían de experiencia previa (1854 operaciones) tramitadas en 2014 un porcentaje del 6,6% en número de operaciones y de un 7,31% en términos de importe.

3. Las operaciones analizadas relativas a instrumentos no complejos que se han visto presuntamente afectadas por la incidencia, no suponen la totalidad de las mismas, esto es 450.000 operaciones sino 29.721 que suponen un 6.61% sobre ese número de operaciones.

Para apoyar su alegación cita la sentencia de la Audiencia Nacional sección sexta de 5 de mayo de 2008 (recurso 512/2005) de la que a su juicio se deduce que ante porcentajes inferiores al 35% no puede tipificarse como incumplimiento como muy grave por no tener carácter de no ocasional o aislado. Extracta el siguiente párrafo de dicha sentencia:

“No pueden compartirse las tesis sobre el carácter ocasional o aislado de las deficiencias de registro de operaciones que alega el recurrente. Los requisitos incumplidos son los que imponen al establecimiento la obtención del número de identificación fiscal del ordenante y beneficiario, comunicación al Banco de España y otras exigencias en relación con las transferencias con el exterior de cuantía superior a 3.005,06 euros. Es cierto que el establecimiento únicamente realizó 69 operaciones de transferencia al exterior de tales características, y que ese número representa tan sólo un 2% de las operaciones, pero lo relevante es que de esas 69 transferencias de cuantía superior a 3.005,06 euros, en 24 de ellas al menos se apreciaron las citadas deficiencias de identificación, de manera que no puede considerarse ocasionados o aislados los incumplimientos cuando se producen en 24 de 69 operaciones (35% de los casos) de las características indicadas”.

CUARTO: La cuestión que plantea el recurrente referida a la tipicidad es muy relevante dado que el incumplimiento de la obligación del deber de advertir a clientes previsto en el artículo 79 bis LMV puede ser constitutivo de infracción muy grave (artículo 99 z bis) LMV o grave (100 t) dependiendo de si concurre o no el carácter no ocasional o aislado del incumplimiento, siendo la diferencia entre la infracción muy grave o grave que las graves no conllevan la publicación en el BOE, y que el importe máximo de la multa no es el 5% de los recursos propios sino el 2%.

Considera la Sala que la concreción de ese concepto jurídico indeterminado que ha realizado la CNMV es razonable ya que la deficiencia es sistemática y estructural por afectar al sistema o los procedimientos establecidos en las 3 deficiencias sancionadas.

1. En relación a la primera deficiencia.

Afectaba a operaciones referidas a instrumentos de contado cotizados (obligaciones convertibles, preferentes y subordinadas, e IIC estructuradas) considerados complejos por la Entidad.

Se tramitaron en el año 2014 un total de 1.545 operaciones de compra de clientes minoristas por un importe de 12 millones de euros. El importe de las operaciones afectadas por la deficiencia es de 152 por importe de 1,7 millones de euros. Para la CNMV esa deficiencia que afecta a 152 operaciones supone el 100% de las operaciones sobre productos complejos de contado cotizados en las que se hubiera debido advertir al cliente y recabar su firma manuscrita y sin embargo la Entidad incumplió ambas obligaciones. La entidad considera que el dato relevante es que esa deficiencia que afecta a 152 operaciones supone 1,4% del total de operaciones referidas a instrumentos de contado cotizados y 1,5% del importe total de las mismas.

Considera este Tribunal que es cierto, tal como señala el recurrente, que la ausencia de advertencia sobre la no conveniencia o ausencia de datos para evaluarla, resulta poco relevante si se tiene en cuenta el número de operaciones realizadas por los clientes que carecían de experiencia previa (152 operaciones) dado que dichos productos los adquirieron mayoritariamente clientes que ya tenían experiencia inversora previa sobre instrumentos financieros complejos a los que por tanto no había que realizar esa advertencia. Ahora bien, lo relevante es que el procedimiento aplicado por la entidad no contemplaba en ningún caso la realización de advertencias respecto a la no conveniencia o la ausencia de datos para su evaluación en este tipo de operaciones. Es decir, todos los clientes, en los que el resultado de la evaluación de la conveniencia era que la operación resultaba no conveniente o que la misma no podía evaluarse por no haber facilitado el cliente los datos necesarios no fueron advertidos dado que el procedimiento no las facilitaba en ningún caso y, por tanto, era una deficiencia sistemática que afectaba al procedimiento general de tramitación de operaciones referidas a esos instrumentos. Esta deficiencia existente en el periodo investigado (año 2014) se mantuvo hasta mediados de junio de 2015.

2. En relación a la segunda deficiencia.

Afectaba a operaciones referidas a instrumentos derivados (warrants, CFDs, opciones y futuros) tramitadas por el canal internet.

Se tramitaron en el año 2014 un total de 26.366 operaciones de compra de clientes minoristas por un importe de 58 millones de euros. De ese total de operaciones, 1854 operaciones corresponden a clientes que carecían de experiencia previa con resultado no conveniente o no evaluado. De estas últimas, el importe de las operaciones afectadas por la deficiencia (operaciones de clientes sin experiencia previa realizadas con filtro pop-up) es de 122 operaciones por importe de 256.000 euros. Para la CNMV esa deficiencia que afecta a 122 operaciones supone el 100% de las operaciones referidas a instrumentos derivados tramitadas por el canal internet en las que se hubiera debido advertir al cliente y recoger la declaración de que había sido advertido y sin embargo la Entidad incumplió ambas obligaciones. La Entidad considera que el dato relevante es que esa deficiencia que afecta a 122 operaciones supone un porcentaje de 6,6% en número de ese tipo de operaciones y 7,31 % del importe total de operaciones tramitadas por internet en 2014 con resultado de no conveniente o no evaluado.

Considera este Tribunal que es cierto que la ausencia de advertencia sobre la no conveniencia o ausencia de datos para evaluarla, resulta poco relevante si se tiene en cuenta el número de clientes que deberían haber sido advertidos y que, por tener instalado un filtro anti "pop-up", finalmente no lo fueron, pero lo que revela esa deficiencia es la existencia de un defecto de diseño en el sistema implementado por Renta 4 que le impedía cumplir con la obligación legalmente establecida de garantizar que el cliente recibía la advertencia de que la operación no era conveniente o no se había podido realizar la evaluación por no haber facilitado el cliente los datos necesarios. El defecto de diseño era que los clientes que tenían instalado en su navegador de internet un filtro anti "pop-up" no recibían ninguna advertencia, dado que la entidad advertía a sus clientes mediante "pop up" sin haber tenido en cuenta que el uso de filtros de uso común dejaría a sus clientes sin recibir las advertencias. Por tanto, el sistema implementado por Renta 4 era defectuoso ya que no tuvo en cuenta la existencia y

utilización de tales filtros de uso común y sus posibles consecuencias en la recepción por sus clientes de las advertencias en los casos en que estaba legalmente obligado a realizarlas.

Esa deficiencia por la que no se entregaban las correspondientes advertencias a los clientes fue corregida en mayo de 2015 de forma que los clientes que tuvieran instalado un filtro anti pop-up seguirán sin visualizar los avisos, pero tampoco pueden operar.

3. En relación a la tercera deficiencia.

Afectaba a operaciones referidas a instrumentos no complejos de clientes minoristas (en este caso renta variable cotizada e IIC) en que el 85% de la operativa se realiza a través del canal de internet.

Se tramitaron en el año 2014 un total de 450.000 operaciones de compra de clientes minoristas de productos no complejos por un importe de 4.000 millones de euros, en su práctica totalidad de renta variable cotizada e IIC. Para la CNMV esa deficiencia que afecta a 29.721 operaciones supone el 100% de las operaciones sobre operaciones referidas a instrumentos no complejos en las que se hubiera debido advertir al cliente y sin embargo la Entidad incumplió esa obligación. La entidad considera que el dato relevante es que esa deficiencia que afecta a 29.721 operaciones supone un porcentaje de 6,61% en número del total de operaciones referidas a instrumentos no complejos.

Considera este Tribunal que es cierto que los clientes muy operativos no debían ser advertidos y que en caso de Renta 4 la mayoría de los clientes reúnen esa condición. Por otra parte, se parte de la premisa de que, en el canal de internet, que es donde se realizan el 85% de este tipo de operaciones de instrumentos no complejos, se entienden contratados a iniciativa de cliente y que por tanto son operaciones de solo ejecución es decir que la entidad no está obligada a evaluar la conveniencia de la operación y que por tanto el cliente carece de las protecciones previstas para este supuesto. Ahora bien, lo que se reprocha es que no se advirtiera a los clientes sin experiencia previa de que estaba operando en el contexto de solo ejecución y las protecciones que pierden es decir que la entidad no está obligada a evaluar la conveniencia de la operación. Por tanto, el incumplimiento es sistemático ya que no se establecieron los mecanismos necesarios para detectar quienes de entre sus clientes deberían recibir la advertencia "solo ejecución" ya que no se había previsto la realización de advertencia alguna sobre las operaciones que se realizaban en el contexto de "solo ejecución".

Esa deficiencia por la que no se entregaban las correspondientes advertencias a los clientes fue corregida en mayo de 2015 de forma que los clientes que tuvieran instalado un filtro anti pop-up seguirán sin visualizar los avisos, pero tampoco pueden operar.

QUINTO: En relación a la sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de mayo de 2008, de la que según el recurrente se deduce que si el porcentaje de incumplimiento en relación al total de operaciones de cada grupo es inferior al 35% el incumplimiento de la obligación tiene carácter ocasional o aislado. Tampoco se comparte esa deducción del recurrente.

La sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de mayo de 2008 se refiere a una sanción impuesta por el Banco de España por incumplimientos de la normativa reguladora de la actividad de los establecimientos de cambio de moneda que no tiene que ver con

materia aquí examinada, si bien es cierto que también examina el carácter ocasional o aislado de la conducta sancionada. La sentencia precisa que el parámetro que hay que utilizar para determinar el carácter ocasional y aislado, depende de las particularidades del caso y de la importancia relativa del incumplimiento respecto de la conducta en concreto objeto de incumplimiento y no de la actividad total de la entidad sancionada. Por otra parte, esa sentencia lo que dice es que en ese caso ese porcentaje tiene suficiente entidad, pero sin que ello suponga una estandarización del porcentaje a efectos de determinar la consideración de ocasional o aislado en cualquier supuesto, por lo que no se puede deducir que a sensu contrario un porcentaje inferior al 35% sobre el total de operaciones implique que el incumplimiento no sea ocasional o aislado.

En este caso, como señala la resolución recurrida, al modo que lo hace la sentencia alegada de esta Sala, lo relevante no es el número absoluto de operaciones afectadas frente al total del negocio de la entidad sino el porcentaje que las mismas representan en el total de operaciones que debieron ser objeto de advertencia por parte de Renta 4 y no lo fueron y ello debido a la existencia de deficiencias en los procedimientos de contratación del producto. Por tanto, al modo que lo hace la sentencia habría que tomar como referencia no el total de operaciones realizadas por la entidad en cada uno de los supuestos sino el total dentro de cada una de ellas de las que fueron advertidas y no lo fueron. Por tanto:

- En relación a las operaciones referidas a instrumentos de contado complejos, aun admitiendo como cierto que únicamente afecta a 152 operaciones, y que ese número representa tan sólo un 1.4% del total operaciones realizadas, lo relevante es que esas 152 operaciones suponen el 100 % de los casos de las operaciones que deberían haber sido advertidas y no lo fueron, siendo el motivo que el procedimiento aplicado por la Entidad no contemplaba en esos supuestos la realización de advertencias respecto a la no conveniencia o la ausencia de datos para su evaluación.

- En relación a las operaciones referidas a instrumentos derivados realizados por el canal de internet, si el cliente tenía instalado un filtro anti "Pop-up", tampoco podía ser advertido al margen de que se diera solo en 122 operaciones las condiciones legales establecidas para deber serlo, dada la experiencia previa de los clientes en este tipo de operaciones.

- En relación a las operaciones referidas a instrumentos no complejos aun excluyendo del cálculo las operaciones realizadas por clientes con "muy operativos" y admitiendo como cierto que afectara a 29.751 operaciones y que ese número representa tan solo el 6,61% del total de operaciones realizadas lo relevante es que esas 29.721 operaciones suponen la totalidad de los casos de las que debieron haber sido advertidas.

Prueba de que eran deficiencias sistemáticas, que afectaban al procedimiento de contratación de esos productos, es que para subsanar las deficiencias detectadas por la Inspección se procedió a implementar modificaciones en los procedimientos de contratación de todos estos productos tal como expone el recurrente en el folio 26 del escrito de demanda en la que señala que:

"Durante el primer semestre de 2015, Renta 4:

(i) Recondujo por completo la operativa indicada sobre instrumentos complejos y derivados.

(ii) Modificó sus sistemas para impedir realizar la operativa a aquellos clientes que tenían instalados en sus dispositivos, los filtros anti "pop up".

(iii) Recondujo en su totalidad la incidencia relacionada con las advertencias sobre la no conveniencia o sobre la ausencia de datos para evaluarla en operaciones referidas a instrumentos de contado, adaptando los correspondientes procedimientos para la implementación de modificaciones en la observancia de las advertencias, así como modificando el contenido de las mismas para su completa adaptación al contenido recogido en la Circular 3/2013

Durante el segundo semestre de 2015,

(i) Implementó modificaciones en los procedimientos de contratación de productos no complejos, tomando como nuevo criterio para el canal telefónico, la necesidad de evaluar la conveniencia al recibir órdenes de los clientes por dicho canal con carácter previo a la contratación de productos no complejos teniendo en cuenta los conocimientos y experiencia del cliente sobre el producto no complejo, e instruyéndoles sobre los avisos concretos de "no conveniencia", "sin información" o del carácter de mera ejecución de la orden.

(ii) En relación con el canal presencial vía oficina, Renta 4 adaptó el diseño de las boletas para su completa adaptación al contenido recogido en la Circular 3/2013, de forma que, en función del análisis de la conveniencia, teniendo en cuenta los conocimientos y experiencia del cliente sobre el producto no complejo, se le avisa de la "no conveniencia", la "falta de información" o del carácter de mera ejecución.

Durante el cuarto trimestre de 2015,

(i) respecto de los procedimientos de contratación de productos no complejos, Renta 4 incluyó los avisos de solo ejecución en el canal de internet."

SEXTO: Alega que se ha vulnerado el principio de legalidad en su vertiente formal en la medida en la que la CNMV tiene en especial consideración a los efectos de imputar la conducta típica a la entidad, la Circular 3/2013 cuya entrada en vigor se produjo en agosto de 2013, postergándose la aplicación de las normas que resultan de aplicación a los hechos controvertidos en el presente procedimiento al 19 de noviembre de 2013, e iniciándose el periodo inspeccionado en enero de 2014, atentándose así a la seguridad jurídica, principio consagrado en el artículo 9.3 de la CE, al no poder de disponer de un margen temporal suficiente para terminar de implementar, verificar y rectificar en su caso los sistemas por ella establecidos. No se comparten estas alegaciones por dos razones:

a) No cuestiona el recurrente que se ha vulnerado el principio de legalidad por falta de cobertura normativa. Las obligaciones de advertir están establecidas en el artículo 79 bis de la LMV en sus apartados 7 y 8 que señalan en el ámbito de la evaluación de la conveniencia que las entidades tienen la obligación de advertir al cliente en distintos

supuestos que son los que ha considerado la CNMV y son los siguientes: 1) Cuando en base a la información facilitada por el cliente el producto no resulte adecuado para la entidad se lo debe advertir. 2) Cuando el cliente no proporcione la información solicitada o esta sea insuficiente, la entidad le advertirá de que dicha decisión le impide determinar si el servicio o producto es adecuado para él. 3) Cuando se den los supuestos para no tener que evaluar la conveniencia (operaciones de solo ejecución) la entidad debe informar al cliente con claridad de que no está obligada a evaluar la conveniencia y que por tanto el cliente no goza de la protección asociada a dicha evaluación.

En lo que respecta a las facultades de la CNMV, la Ley señala en el artículo 79 bis 7 LMV que las entidades en el caso de operaciones complejas (como son en este caso el primer y segundo grupo de operaciones) deberán entregar una copia al cliente del documento que recoja la evaluación realizada y faculta a la Comisión Nacional del Mercado de Valores para que establezca en qué términos el cliente deberá expresar de forma manuscrita que ha sido advertido por la entidad de que el producto que va a adquirir no le resulta conveniente, o que no ha podido evaluar su conveniencia por falta de información. Al amparo de esa habilitación legal se ha dictado por la CNMV la Circular 3/2013.

b) Lo que cuestiona el recurrente al alegar la infracción del principio de legalidad es que no ha tenido margen de actuación para adaptarse a la normativa, en especial a la Circular 3/2013.

No se aprecia que la entidad no haya tenido margen de actuación, dado que desde la publicación de la circular 3/2013 de 12 de junio hasta la obligatoriedad del cumplimiento de lo allí establecido transcurrieron 5 meses ya que la entrada en vigor se produjo 2 meses desde su publicación en el BOE (19 de junio) y concedía 3 meses desde su entrada en vigor por tanto hasta el 19 de noviembre de 2013 a las entidades que prestan servicios de inversión para la aplicación de las mismas en lo que aquí interesa. Por tanto, teniendo en cuenta que el período inspeccionado es el año 2014, tuvo la Entidad 6 meses y medio desde la publicación para adaptar sus procedimientos para garantizar la realización de las advertencias. Por otra parte, la CNMV no sanciona por un incumplimiento puntual en enero de 2014 sino que tiene en cuenta que las deficiencias en los procedimientos referidos a los 3 tipos de operaciones se prolongan durante todo 2014, precisando en la resolución recurrida que estas no quedan subsanadas hasta los primeros meses del año 2015.

Prueba de que ha tenido margen de actuación, es que una vez iniciado el procedimiento de inspección y antes de que incluso se remitiera el 7 de octubre de 2015 la carta de relación de hechos detectados en la actuación de supervisión realizada, Renta 4 Banco ya había subsanado las deficiencias puestas de manifiesto durante la Inspección tal como se relata en el escrito de demanda.

SÉPTIMO: En relación a la culpabilidad, hace referencia a la interpretación razonable por parte de Renta 4 no solo de la normativa, sino también de las Guías, Circulares y recomendaciones publicadas por la CNMV y ello por lo siguiente.

1. Criterio más estricto y conservador al establecido por el Supervisor en la Guía de concepto de clientes de intermediación muy operativos.

2. La información que desde 2011 ofrecía a sus clientes en el Contrato Marco de productos y servicios financieros de RENTA 4 BANCO, S.A. (el "Contrato Marco") que suscriben todos los clientes de la Entidad cuya Estipulación 7.2, referida a la evaluación de la conveniencia, señala que:

"(...) En los casos en los que el CLIENTE se proponga contratar un Servicio de Inversión que se limite exclusivamente a la ejecución o recepción y transmisión de órdenes, "RENTA 4" no tendrá la obligación de evaluar la conveniencia del mismo, siempre que se cumplan todas y cada una de las siguientes condiciones."

3. La adaptación con conocimiento y aprobación de la CNMV de sus procedimientos al tipo de perfil de sus clientes (con conocimiento bursátil y experiencia inversora) a los efectos de poder atender sus necesidades de forma más ágil y eficiente con carácter previo a la conclusión de las actuaciones inspectoras hasta el punto de manifestar estos su descontento con las medidas de refuerzo implementadas por Renta 4 por considerarlas innecesarias e ineficaces y/o obstaculizadoras de su operativa.

Ninguna de estas 3 alegaciones permite considerar que no concurre el elemento de la culpabilidad.

1. En relación a que ha mantenido un criterio más estricto y conservador al establecido por el Supervisor en la Guía de actuación para el análisis de la conveniencia y la idoneidad de 17 de junio de 2010 de concepto de clientes de intermediación muy operativos.

Ese criterio aplicado por Renta 4 Banco (considerar los que hubieran realizado más de 5 operaciones sobre instrumentos similares en los últimos 5 años) no es el que ha mantenido para evaluar la conveniencia de las operaciones en el año 2014 que es el periodo inspeccionado, sino el empleado por la entidad posteriormente en 2015 durante las actuaciones de supervisión referidas al año 2014, para poder determinar el número de clientes al que afectó la tercera incidencia, en concreto para determinar el porcentaje de clientes que por su falta de experiencia debían haber sido advertidos en operaciones sobre instrumentos no complejos de solo ejecución, es decir aquellas operaciones realizadas vía internet en que la entidad no está obligada a evaluar la conveniencia.

No empleó este criterio durante el periodo inspeccionado porque la Entidad no evaluaba la conveniencia en las operaciones de compra de clientes minoristas por internet sobre instrumentos no complejos al considerar que eran operaciones de sólo ejecución. Tampoco aplicó este criterio en las operaciones de compra sobre instrumentos complejos (convertibles, híbridos e IIC consideradas complejas por la Entidad) ya que en la carta de relación de hechos de 7 de octubre de 2015 remitida por la Dirección General de Entidades se reprocha que ha considerado en las operaciones de compra suficiente la realización de una sola operación previa en instrumentos de complejidad y naturaleza similar al contratado para presumir la conveniencia de operaciones posteriores separándose de lo establecido en la Guía y se le recuerda a la entidad lo siguiente:

“se considera que la experiencia previa debe fundamentarse en una serie de operaciones (al menos dos) y no en una operación aislada, especialmente en el caso expuesto ya que en caso de no conveniencia o no evaluación, el cliente no habría sido advertido”.

2. La mención en el Contrato Marco referida la falta de obligación de evaluar la conveniencia si el servicio se presta a iniciativa del cliente en operaciones sobre productos no complejos.

Esa mención en el contrato Marco solo afectaría al tercer tipo de operaciones (operaciones sobre productos no complejos) y en todo caso esas estipulaciones genéricas no suponen dar cumplimiento a la obligación de la Entidad de advertir al cliente minorista sobre la exención de evaluación y sus consecuencias. Es la entidad la que debe constatar que concurren los presupuestos legalmente establecidos para que esa operación se considere de solo ejecución y es su obligación constatar que se cumplen las condiciones que eximen a la entidad de evaluar la conveniencia y consiguiente formulación de la advertencia en los casos en que este legalmente obligado siempre que: 1) Que el servicio de intermediación se refiera a Servicios realizados sobre acciones admitidas a cotización en un mercado regulado o en un mercado equivalente de un tercer país, instrumentos del mercado monetario, obligaciones y deuda titulizada (excluidas las que contengan derivados). 2) que el servicio se presta a iniciativa del cliente y 3) es un servicio de mera ejecución sobre productos no complejos.

3. En cuanto a las actuaciones realizadas con posterioridad al periodo inspeccionado (año 2014), una vez iniciadas en el año 2015 las actuaciones inspectoras no pueden incidir para valorar el elemento subjetivo del tipo, en que se debe tener en cuenta las circunstancias concurrentes en el momento de comisión de la infracción.

OCTAVO: El principio de proporcionalidad de la sanción.

En el fundamento de derecho primero de esta sentencia se han expuesto las circunstancias aplicadas por la CNMV para graduar la sanción.

Considera el recurrente que con carácter subsidiario se ha vulnerado este principio por entender que se ha aplicado indebidamente una circunstancia agravante (haber sido impuesta una sanción firme por vulneración de las normas y disciplina de mercado de valores en los últimos cinco años) y no se han considerado varias circunstancias atenuantes. (haber procedido a la subsanación de las deficiencias con carácter previo a la incoación del expediente y sin haber sido requerido al efecto, no haber causado perjuicios a los clientes, haber actuado conforme a la confianza legítima, y las deficiencias presentan un carácter puntual o aislado).

El artículo 106 ter LMV regula los criterios de graduación de las sanciones, estableciendo que se determinaran conforme a los criterios recogidos en el artículo 131.3 de la Ley 30/92 y los establecidos en ese propio apartado de la LMV. Las alegaciones del recurrente no pueden estimarse por lo siguiente:

1. En cuanto al precedente sancionador. Se ha aplicado por la CNMV la circunstancia agravante prevista en el artículo 106 LMV ter l)

“La conducta anterior de la entidad en relación con las normas de ordenación y disciplina que le afecten, atendiendo a las sanciones firmes que le hubieran sido impuestas, durante los últimos cinco años en el apartado”

Indica el recurrente que la resolución de la CNMV de 20 de abril de 2016 por la que se le impuso una sanción, confirmada en alzada por resolución de 22 de septiembre de 2016 ha sido recurrida en vía contencioso-administrativa por lo tanto no se puede considerar firme y se refiere a materia de abuso de mercado que nada tiene que ver con la materia aquí sancionada referida a la protección del inversor.

Como señala la CNMV, la redacción literal del artículo 106 ter l) LMV establece que esta circunstancia debe aplicarse en función de la conducta anterior de la expedientada en relación con las normas de ordenación y disciplina que le sean aplicables sin distinguir el apartado concreto de dichas normas, objeto de incumplimiento.

El hecho de que las sanciones impuestas por la CNMV al recurrente en otros procedimientos sean firmes en vía administrativa pero hayan sido recurridas en vía contencioso-administrativa no impide que se tenga en cuenta a efectos de graduación de la sanción la conducta anterior de la entidad en relación con las normas de ordenación y disciplina que le afecten dado que para valorar esa circunstancia hay que tener en cuenta "la existencia de sanciones firmes que le hubieran sido impuestas durante los últimos 5 años" considerando la CNMV que se refiere a la firmeza en vía administrativa. Esta Sala comparte este criterio dado que de esa manera se aplica esta agravante de forma objetiva, no dependiendo de que el interesado interponga o no recurso contencioso-administrativo y por otra parte, si se tuviera que esperar a que las sanciones impuestas fueran firmes en vía contencioso-administrativa, dada la duración de los procedimientos judiciales y la posibilidad de interponer recurso de casación con independencia de la cuantía, transcurriría un lapso de tiempo que impediría que se aplicase esa agravante a procedimientos en curso o incluso que no pudiera aplicarse, ya que solo se pueden considerar las impuestas en los últimos 5 años, pudiendo darse el caso que desde la fecha de la imposición de la que sanción hasta que se dictara la sentencia firme, hubiera transcurrido dicho plazo. En el caso de que se anule por sentencia firme una sanción en la que se haya tenido en cuenta como criterio de graduación una anterior sanción firme en vía administrativa posteriormente anulada por el órgano judicial, debería valorarse la incidencia que pudiera tener ese hecho nuevo en la cuantía de la sanción impuesta.

2. Subsanación de las deficiencias con carácter previo a la incoación del expediente.

Solo está prevista como circunstancia atenuante en el apartado 100 1 h) LMV la circunstancia de haber procedido a la subsanación de la infracción por propia iniciativa. Efectivamente ha subsanado las deficiencias antes de la incoación del expediente el 12 de mayo de 2016, pero no ha sido a iniciativa propia sino en cumplimiento de los compromisos adquiridos con el Departamento de Supervisión de la CNMV durante la Inspección que no está prevista como circunstancia para graduar la sanción.

3. No haber causado perjuicio a los clientes.

Renta 4 alega que los clientes del Renta 4 no han sufrido perjuicio alguno por la conducta de la Entidad cuestionada en vía administrativa, ni consta reclamación alguna

en relación con las incidencias objeto del procedimiento sancionador, por lo que esa circunstancia debe ser necesariamente ponderada al igual que se toma en consideración como atenuante la indemnización cuando existen tales perjuicios y ello porque en ambos casos supone que materialmente no se causan daños a los sujetos afectados por los incumplimientos.

La CNMV indica que a la ausencia de consecuencias desfavorables para sus clientes no puede otorgarse necesariamente un efecto atenuante.

Se considera que ese criterio es adecuado dado que el criterio de graduación es conforme al artículo 100 ter d) LMV que regula como circunstancia moduladora de la responsabilidad la gravedad y persistencia temporal del peligro ocasionado o perjuicio causado y el artículo 131 3 b) de la Ley 30/92 que establece como criterio de graduación la naturaleza del perjuicio causado. Por tanto, solo puede valorarse esta circunstancia si se ha causado perjuicio y graduar la sanción dependiendo de la gravedad, persistencia y naturaleza de este. En este caso si Renta 4 Banco afirma no se ha causado perjuicio al cliente no puede aplicarse este criterio de graduación.

4. Haber actuado conforme a la confianza legítima.

No razona en el escrito de demanda porque considera que se ha vulnerado por el Supervisor el principio de confianza legítima que podría afectar en su caso a la propia existencia de la infracción si excluyera la culpabilidad. De todos modos, indicar que no se aprecia que concurran los presupuestos establecidos por la Jurisprudencia que permitan aplicar el principio de confianza legítima conforme a los criterios establecidos por el Tribunal Supremo (sentencias del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 1991, 2 de febrero de 2002 y 23 de julio de 2003) y que en definitiva supone la existencia de un acto lo suficientemente concluyente de la Administración para inducir al afectado que su conducta es lícita o razonable.

En este caso en el escrito de demanda el recurrente no indica que acto de la CNMV le permiten considerar de forma razonable que su conducta fue lícita.

En vía administrativa alegó que debe valorarse que la Entidad había llevado a cabo un plan de mejoras, con conocimiento y aprobación de la CNMV con anterioridad a la incoación del expediente que le llevaron a la confianza legítima de que no se iba a proceder a la incoación de un expediente sancionador, pero ese hecho no permite entender que su conducta era lícita ya que precisamente la realización de todas esas mejoras en los procedimientos una vez iniciada la supervisión en el año 2015, revela la existencia previa en el año 2014 de deficiencias en los procedimientos que llevaron a una falta de realización de determinadas advertencias a clientes sin que cuestione que la normativa aplicable permitiera una interpretación alternativa que justificara su modo de proceder.

5. Carácter ocasional o aislado de las deficiencias.

El carácter ocasional y aislado de las deficiencias no puede considerarse como circunstancia para graduar la sanción, dado que en el caso de que se apreciara que las deficiencias eran ocasionales y aisladas se hubiera calificado la infracción como grave (artículo 100 t) LMV en vez de como muy grave (artículo 99 z bis LMV). En este caso ya se ha razonado que las deficiencias no son ni ocasionales ni aisladas.

6. En cuanto a la voluntariedad.

Se limita a indicar que debe apreciarse la ausencia de voluntariedad, así como la conducta diligente observada por la entidad.

Ya se ha razonado al analizar la culpabilidad, las alegaciones que ha realizado el interesado para considerar que actuó de forma diligente y que no han sido estimadas por esta Sala.

Solo apuntar que el artículo 131. 3 a) de la Ley 30/92, norma en vigor en el momento de incoarse el expediente sancionador, al que se remite el artículo 100 ter LMV, fija como criterio de graduación la existencia de intencionalidad. La intencionalidad requiere un especial ánimo infractor en relación al tipo básico que convierta su conducta en especialmente grave, por lo cual solo puede considerarse como circunstancia agravante o en su defecto no aplicarse. Así lo hemos considerado en la sentencia de esta Sala de 29 de septiembre de 2016 (recurso 417/2015) declarando conforme a derecho el criterio mantenido por la CNMV en relación a la aplicación de esta circunstancia moduladora de la sanción.

NOVENO: Conforme a lo razonado procede desestimar el recurso, acordando imponer las costas a la parte actora.

FALLO

En atención a lo expuesto la Sección tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **RENTA 4 BANCO S.A.** contra la resolución del Ministro de Economía, Industria y Competitividad de 6 de noviembre de 2017 por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 26 de abril de 2017, que se declara conforme a derecho en los extremos examinados. Las costas se imponen a la parte actora.

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

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.