

AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 7 DE NOVIEMBRE DE 2019

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª

Recurso nº.: 4316/2019
Ponente: D. Fernando Román García
Acto impugnado: Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de fecha 19 de marzo de 2019.
Fallo: Inadmisión.

En Madrid, a 7 de noviembre de 2019.

HECHOS

PRIMERO.- La representación procesal de la entidad Banco Popular Español, S.A., interpuso recurso ante la Sala de lo Contencioso-administrativo (Sección Tercera) de la Audiencia Nacional contra la resolución del Subsecretario de Economía y Competitividad, por delegación del Ministro de Economía y Competitividad, de 30 de junio de 2016, por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra la orden del Ministro de Economía y Competitividad, de 21 de abril de 2015, por la que se le impuso una sanción de multa de 1.000.000 de euros por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 99.z bis) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LMV) consistente en el incumplimiento, no ocasional, de las obligaciones de información a clientes establecidas en el artículo 79.7 bis LMV.

En concreto, se sanciona a Banco Popular Español por dos incumplimientos: a) utilización de un cuestionario o test de conveniencia con deficiencias metodológicas que abocaba a una evaluación de la conveniencia sesgada que minimizaba, restringía o incluso eliminaba los supuestos en los que debía concluirse una falta de adecuación de la operación o instrumento financiero para los clientes y b) falta de acreditación, en una parte significativa de las operaciones tramitadas, de las oportunas advertencias sobre que el producto no era adecuado o, en su caso, sobre la imposibilidad de determinar dicha adecuación por falta de información.

Incumplimientos que se proyectaban sobre la comercialización de tres tipos de productos durante el periodo comprendido entre los años 2009 y 2011: bonos subordinados necesariamente canjeables en acciones, deuda subordinada y depósitos estructurados.

SEGUNDO.- Tramitado el recurso con el n.º 678/2016, el citado órgano jurisdiccional dictó sentencia en fecha 19 de marzo de 2019 desestimando el recurso interpuesto.

La Sala de instancia parte del tenor de la obligación impuesta por el citado artículo 79.7 bis LMV cuyo contenido debe completarse, a efectos de delimitar el contenido de la obligación cuyo incumplimiento determina la infracción, con las previsiones de los artículos 73 y 74 del RD 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, relativos a información sobre los conocimientos y experiencia previa de los clientes para comprender los riesgos inherentes al producto o servicio de inversión y a los datos que deben incluirse en esa información, apropiados a la naturaleza del cliente, del servicio y del tipo de producto, respectivamente.

Descarta la Sala, en primer lugar, la alegada caducidad del procedimiento sancionador, señalando que puede considerarse que el informe del Banco de España como

determinante, pues, a priori, *«ese informe dada la falta de predeterminación normativa de su contenido podía tener una influencia potencial en el sentido de la resolución que pone fin al procedimiento y por tanto potencialmente podía haber sido determinante. De ello deriva que pueda atribuírsele efecto suspensivo (...)»*.

En segundo lugar, desestima la Sala de instancia las alegaciones sobre la quiebra de los principios de tipicidad y legalidad. Desde esta perspectiva trae a colación la STS de 28 de marzo de 2018 (RC 2891/2015) razonando que en ella se ha confirmado *«el criterio de esta Sala en el que se considera que la remisión del artículo 99 z bis) LMV al artículo 79 bis LMV incluye también las normas de desarrollo del mismo, formando un bloque normativo. Solo añadir que hay que tener en cuenta que el artículo 74 del Real Decreto RD 217/2008 completa, tal como indica su exposición de motivos, la transposición de la normativa europea iniciada con la reforma introducida en la Ley 24/1988 por la Ley 47/2007, que sólo recogió de forma limitada lo establecido en dicha Directiva»*; en particular, recogiendo la información que se especifica en el artículo 37 de la citada Directiva.

En relación con lo anterior añade que la información a que hace referencia el artículo 74 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, no necesariamente debe obtenerse del test de conveniencia, ya que puede obtenerse internamente, de la que ya disponga la entidad —tal como establece la Guía de actuación para el análisis de la conveniencia e idoneidad elaborada por la CNMV de 17 de junio de 2010— y que debe ponerse en relación con el artículo 73 de la citada norma y el artículo 79.bis 8 en el que se especifican los supuestos en los que no es necesaria tal información.

Insiste la Sala de instancia en que lo que se le reprocha a la entidad es la existencia de deficiencias metodológicas en los cuestionarios de conveniencia; esto es, no la ausencia de realización del test, sino el cómo se valoró esta información. Y ello porque la obligación legal no sólo exige que se recabe determinada información, sino que se haga con una finalidad: que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente. Y la metodología aplicada no permitía realizar una valoración adecuada.

Concluye la Sala, en definitiva, que, si bien es cierto que *«el artículo 79 bis 7 no establece que la evaluación sea siempre adecuada e infalible, (pero) sí que exige que la metodología empleada permita evaluar de forma razonable la conveniencia determinando si el producto es adecuado, dado que la finalidad de la obligación establecida en la norma es que el resultado de ese test sea razonablemente fiable. No se trata sólo de preguntar al cliente sobre unas determinadas cuestiones, sino procesar esa información aplicando un método que permita evaluar de forma adecuada si el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios respecto al tipo concreto de producto ofrecido»*.

A lo anterior no obsta el hecho de que, en efecto, no existe un modelo de test de conveniencia —aunque exista una Guía de actuación para la evaluación de la idoneidad—, pues lo detectado es una deficiencia metodológica, por la concurrencia simultánea de diversos factores (carencia de estudios superiores, falta de experiencia profesional en el mercado de valores, ausencia de experiencia inversora) que, en su caso,

debía haber dado lugar a la realización de las advertencias previas oportunas por la entidad.

Entrando ya en la segunda de las infracciones —falta de acreditación de la realización de las advertencias— la Sala de instancia señala que no se vulnera el principio de tipicidad, puesto que la obligación de advertencia se contenía ya en el artículo 79.bis.7 LMV (estableciéndose la obligación de formato formalizado por Real Decreto 24/2012) junto con la exigencia de que dichas advertencias debían poder ser acreditadas para dejar constancia de su realización.

La sentencia desestima, por último, las alegaciones relativas a la graduación de la sanción, rechazando la comparación propuesta por la recurrente con otros casos precedentes y delimitando el significado en la gravedad del perjuicio causado, de la reparación de daños y perjuicios y de la subsanación por propia iniciativa de la entidad.

TERCERO.- La procuradora D.^a MBR , en nombre y representación de Banco Santander, S.A. —en calidad de sucesora de Banco Popular de España, S.A., a la que ha absorbido— ha preparado recurso de casación contra la citada sentencia denunciando la infracción del principio de tipicidad consagrado en el artículo 25.1 CE en relación con los artículos 79 bis 7 y 99.z.bis LMV y el artículo 74 del Real Decreto 217/2018, de 15 de febrero.

Entiende la recurrente que la infracción se habría producido porque la Sentencia establece que el incumplimiento de las obligaciones contenidas en el artículo 74 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, supone automáticamente el incumplimiento del artículo 79 bis, apartado 7 de la LMV y, consecuentemente, la comisión de la infracción muy grave tipificada en el artículo 99.z bis de la LMV. El citado artículo 79 bis, apartado 7 de la LMV dispone que *«cuando se presten servicios distintos de los previstos en el apartado anterior, la empresa de servicios de inversión deberá solicitar al cliente, incluido en su caso los clientes potenciales, que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado»*, entendiendo la sentencia recurrida que ello debe ser complementado, a los efectos de la delimitación del contenido de la obligación que impone, con las previsiones contenidas en el artículo 74 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero.

Sin embargo, sostiene la recurrente, la infracción tipificada en el artículo 99.z.bis LMV sólo se remite al artículo 79 bis LMV sin previsión de ningún complemento reglamentario, como sí ocurre, en cambio, en otras infracciones de la LMV en las que el legislador ha remitido expresamente a la colaboración reglamentaria. La conclusión de la Sala de que los artículos 79.bis. 7 y 74 del Real Decreto 217/2008 forman parte de un mismo bloque normativo contraviene claramente el principio de tipicidad y de lex certa.

La conclusión anterior, sigue argumentando la recurrente, se fundamenta, además, en una interpretación errónea de la STS de 23 de marzo de 2018 por la Sala de instancia puesto que la citada STS el Alto Tribunal en ningún caso valoró si la aplicación complementaria de los artículos 79 bis de la LMV y 74 del RD 217/2008 era correcta, pues centró su análisis en la controversia fáctica planteada por la recurrente.

Por lo que concierne al interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia del recurso, invoca la presunción prevista en el artículo 88.3.a) LJCA al entender que la sentencia recurrida aplica erróneamente los artículos 79. Bis. 7 LMV y 74 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, desconociendo los límites impuestos a la potestad reglamentaria en el ámbito del derecho administrativo sancionador. No existe jurisprudencia sobre la cuestión nuclear aquí planteada «(...) si la obligación impuesta por el artículo 79 bis 7 de la LMV debe ser complementada por las obligaciones referidas en el artículo 74 del RD 217/2008 y si, por tanto, una infracción del artículo 74 del RD 217/2008 conlleva automáticamente la comisión de la infracción prevista en el artículo 99.z bis de la LMV» ni pronunciamiento alguno que avale un complemento del tipo, en cuanto “bloque normativo”, sin que exista expresa remisión tanto de la Ley delimitadora del mismo, como del precepto legal que establezca la obligación cuya infracción constituye el tipo.

Pone asimismo de manifiesto que, si bien la LMV ha sido derogada, la obligación impuesta por el artículo 79.bis.7 LMV, aparece idénticamente recogida en el artículo 214.1 del nuevo TRLMV, por lo que el recurso conserva su interés casacional.

Invoca, asimismo, los supuestos de interés casacional objetivo previstos en el artículo 88.2.b) y c) LJCA, al entender que la doctrina sentada en la sentencia recurrida es gravemente dañosa para los intereses generales pues supone la aceptación tácita de un desarrollo reglamentario ultra vires carente de soporte en la norma con rango de ley correspondiente y la consiguiente infracción de los principios y garantías informadores del procedimiento administrativo sancionador, afectándose a un gran número de situaciones.

Por último, considera que en todo caso lo suscitado puede enmarcarse dentro de las otras circunstancias de interés casacional objetivo a que alude el artículo 88. 2 LJCA — que no contiene un listado exhaustivo— como acredita la inobservancia por parte de la Sentencia del muy consolidado acervo jurisprudencial tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional en relación con la certidumbre en la aplicación del tipo infractor.

CUARTO.- La Sala de instancia tuvo por preparado el recurso por auto de 19 de junio de 2019, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia dentro del plazo de treinta días ante esta Sala, así como la remisión de los autos originales y del expediente administrativo.

Se han personado ante esta Sala la entidad Banco Santander, S.A., representada por la Procuradora de los Tribunales D.^a MBR, en concepto de parte recurrente; y, en calidad de parte recurrida, el Abogado del Estado quien manifiesta su oposición a la admisión del presente recurso.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Fernando Román García, Magistrado de la Sala.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La sentencia contra la que se prepara el presente recurso de casación desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra las resoluciones del Ministerio de Economía y Competitividad que, en síntesis, sancionan a la entidad recurrente por incumplimiento del deber impuesto en el artículo 79.bis.7 LMV; centrándose el recurso de casación en la pretendida infracción del principio de tipicidad (*lex certa*) como consecuencia de la interpretación que la sentencia recurrida ha realizado del citado artículo 79.bis 7 LMV y del artículo 74 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero.

A efectos meramente ilustrativos conviene reproducir el tenor de los mencionados preceptos. Así, dispone el artículo 79.bis. 7 LMV que *«Cuando se presten servicios distintos de los previstos en el apartado anterior [asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras], la empresa de servicios de inversión deberá solicitar al cliente, incluido en su caso los clientes potenciales, que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente. Cuando, en base a esa información, la entidad considere que el producto o el servicio de inversión no sea adecuado para el cliente, se lo advertirá. Asimismo, cuando el cliente no proporcione la información indicada en este apartado o ésta sea insuficiente, la entidad le advertirá de que dicha decisión le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él».*

Por su parte, el artículo 74 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero (que, junto al artículo 73, la sentencia recurrida toma en consideración) establece, como Disposiciones comunes a las evaluaciones de idoneidad y conveniencia, que *«1. A los efectos de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, la información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos enumerados a continuación, en la medida en que resulten apropiados a la naturaleza del cliente, a la naturaleza y alcance del servicio a prestar y al tipo de producto o transacción previstos, incluyendo la complejidad y los riesgos inherentes: a) Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que esté familiarizado el cliente. b) La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el período durante el que se hayan realizado. c) El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes (...).»*

SEGUNDO.- El escrito de preparación del recurso cumple los requisitos exigidos en el artículo 89.2. LJCA, invocando, por lo que respecta al interés casacional del asunto, los supuestos previstos en el artículo 88.2.b y c) LJCA y la presunción por inexistencia de jurisprudencia contemplada en el artículo 88.3.a) LJCA —e, incluso, la consideración de los suscitado como otra circunstancia de interés casacional—, cuya concurrencia debemos valorar en primer lugar.

Hemos subrayado en numerosas ocasiones el carácter relativo de la mencionada presunción pues el propio artículo 88.3 *in fine* LJCA, permite inadmitir (mediante «auto

motivado») los recursos inicialmente beneficiados por la presunción cuando este Tribunal Supremo «*aprecie que el asunto carece manifiestamente de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia*». Esa carencia de interés casacional para la formación de jurisprudencia en el asunto, que permite inadmitir un recurso de casación a pesar de concurrir la presunción legal, ha de ser manifiesta; esto es, evidente y directamente apreciable sin complejos razonamientos jurídicos.

Y esto es lo que, adelantamos ya, acontece en el presente recurso, en el que la carencia manifiesta de interés casacional para la formación de jurisprudencia resulta evidente no pretenderse ni suscitarse cuestión alguna que requiera del ejercicio de la función nomofiláctica o de la función uniformadora de jurisprudencia propia del nuevo recurso de casación, siendo lo materialmente reclamado la corrección de la conclusión a que ha llegado la sentencia.

Esta Sección ha admitido algunos recursos relativos a infracciones de la Ley de Mercado de Valores que sí planteaban cuestiones de orden general: como la resuelta en la STS de 29 de mayo de 2019 (RCA 1857/2018) en relación con el carácter permanente o instantáneo de la infracción consistente en omisión del deber de remitir información; o en relación con la transmisión de responsabilidad entre personas jurídicas al tiempo de imponer la sanción en la STS de 13 de marzo de 2019 (RCA 635/2018). Lo que plantea en este caso la recurrente, sin embargo, es una discrepancia de orden casuístico en relación con la infracción que se le imputa y la sanción que se le impone, suscitando una aparente —y algo artificiosa— cuestión jurídica.

TERCERO.- En efecto, conviene poner de relieve, en primer lugar, que el recurso de casación parece partir de una premisa errónea: en particular, que la sentencia confirma la sanción impuesta al entender que el incumplimiento del artículo 74 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, comporta el incumplimiento automático de la obligación impuesta en el artículo 79. Bis. 7 LMV y, por consiguiente, la infracción tipificada en el artículo 99.z bis LMV. Tal aseveración le sirve a la recurrente para argumentar que la sentencia infringe el principio de tipicidad puesto que el artículo 79. Bis 7 LMV no remite al reglamento en cuestión, habiendo declarado la sentencia recurrida, en cambio, que conforman un bloque normativo.

Pues bien, sobre este particular, y con independencia del carácter más o menos afortunado de algunas expresiones contenidas en la sentencia, resulta evidente que: (i) el artículo 74 del Real Decreto citado supone el desarrollo reglamentario del artículo 79 bis 7 LMV, incorporando al ordenamiento interno el tipo de información que debe recabarse a efectos de realización del test de conveniencia impuesta por la Directiva correspondiente, (ii) que la obligación impuesta en el artículo 79. Bis 7 LMV, antes reproducidos, es suficientemente clara, explícita y concreta y (iii) que a la entidad recurrente no se la ha sancionado por el incumplimiento en el tipo de datos recabados para la realización del test de conveniencia —pues de hecho la sentencia reconoce que se han solicitado los previstos en el artículo 74 y algunos más—, sino por la metodología utilizada en su valoración, pues lo relevante no es el hecho de pedir y obtener información sino la finalidad a la que sirve la misma: determinar la idoneidad del cliente

para asumir los riesgos que derivan de determinados productos financieros en función de sus conocimientos y experiencia previa.

Sobre los aspectos que se acaban de señalar nos pronunciamos en nuestra STS de 23 de marzo de 2018 (RC 2891/2015) en la que resolvimos, entre otras, una cuestión sustancialmente idéntica a la que se plantea en este recurso, en relación con la deficiente evaluación de la conveniencia de determinadas operaciones. Pusimos entonces de manifiesto que *«(...) la resolución sancionadora y la sentencia que la confirman no dirigen el reproche a la entidad recurrente por no haber seguido un determinado modelo o formato de test de conveniencia, y tampoco –por más que así lo afirme la recurrente- por no haber aplicado el procedimiento de evaluación previsto en el Real Decreto 217/2006 antes de que éste hubiese entrado en vigor, sino que, de forma sensiblemente más amplia, lo que se reprocha a Banco Santander, S.A. es el incumplimiento de la obligación de evaluar la conveniencia para el inversor del producto comercializado, obligación que le imponía no sólo la redacción dada a la norma por la Ley 47/2007 sino también la Ley del Mercado de Valores en su redacción anterior».*

Y añadimos que *«La propia sentencia recurrida destaca que el artículo 79 bis.7 LMV es muy claro cuando impone a la entidad financiera la obligación de recabar de sus clientes información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido "con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente"; y, además, el precepto establece los efectos en caso de que el cliente no facilite tal información que se concretan en una advertencia al inversor sobre la falta de idoneidad de la operación. Existía por tanto la obligación, por imperativo legal, sin perjuicio de que posteriormente, el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, estableció un determinado procedimiento para llevar a cabo esta evaluación de la conveniencia».*

Pues bien, resulta evidente en este caso, reiteramos, que la sanción no se fundamenta en la no realización del test, sino en cómo se valoró esa información a fin de cumplimentar el objetivo de llevar a cabo una evaluación razonable, también en relación con datos recabados que no exigía el artículo 74 del Real Decreto, llegándose a la conclusión de que las deficiencias de valoración o metodológicas introducían un sesgo en el resultado. Desde esta perspectiva, la alusión en la sentencia al bloque normativo que conforma el precepto legal con el desarrollo reglamentario contenido en los artículos 73 y 74 del Real Decreto, no resultan relevantes, puesto que lo sancionado no se relaciona con el contenido de la información recabada (a que hace referencia el artículo 74) sino con la forma de procesar dicha información.

QUINTO.- 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 dos mil euros (2.000 €) la cantidad que la parte condenada al pago de las costas ha de satisfacer a la parte recurrida, por todos los conceptos, más el IVA correspondiente, si procediere.

La Sección de Admisión acuerda:

Declarar la inadmisión del recurso de casación n.º 4316/2019 preparado por la representación procesal de Banco Santander, S.A. (en calidad de entidad sucesora de Banco Popular Español, S.A.) contra la sentencia de 19 de marzo de 2019, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso n.º 678/2016, con imposición de costas a la parte recurrente en los términos señalados en el último fundamento jurídico de la presente resolución.

Así lo acuerdan y firman.