



Roj: **STS 3640/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:3640**

Id Cendoj: **28079130032017100385**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **18/10/2017**

Nº de Recurso: **225/2016**

Nº de Resolución: **1571/2017**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En Madrid, a 18 de octubre de 2017

Esta Sala ha visto el recurso de casación registrado bajo el número 225/20164, interpuesto por el procurador don Eduardo Codes Feijoo, en representación de la Sociedad BANCO SANTANDER, S.A., bajo la dirección letrada de don Francisco Javier García Sanz, contra la sentencia dictada por la **Sección Tercera** de la **Sala de lo Contencioso-Administrativo** de la Audiencia Nacional el 29 de septiembre de 2016, en el recurso contencioso-administrativo 417/2015, planteado contra la resolución del Subsecretario de Economía y Competitividad, adoptada por delegación del Ministro de Economía y Competitividad de 16 de octubre de 2015, que desestimó el recurso de alzada formulado contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 21 de mayo de 2014, por la que se declara que Banco Banif, S.A. ha incurrido en la comisión de una infracción grave tipificada en el artículo 100 t), de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, vigente a partir del 21 de diciembre de 2007 y hasta el 6 de marzo de 2011, por incumplimiento, desde el 1 de enero hasta el 31 de agosto de 2010, de lo establecido en el artículo 79 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en relación con la vulneración del deber de actuar con transparencia y diligencia y en interés de sus clientes, por haber percibido comisiones que no se ajustan a lo establecido en la letra b) del artículo 59 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, y se impone a Banco Santander, S.A., como subrogado, una multa por importe de 2.000.000 de euros por la comisión de una infracción de carácter grave del artículo 100 t) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. Ha sido parte recurrida la COMUNIDAD DE MADRID, representada y defendida por la Letrada de la misma.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** En el proceso contencioso-administrativo número 417/2015, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, dictó sentencia el 29 de septiembre de 2016, cuyo fallo dice literalmente:

« DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de BANCO SANTANDER, S.A. contra la resolución del Ministerio de Justicia a que las presentes actuaciones se contraen, y confirmar la resolución impugnada por su conformidad a Derecho.

Con imposición de costas al recurrente. » .

**SEGUNDO.-** Contra la referida sentencia preparó la representación procesal de la Sociedad BANCO SANTANDER, S.A. recurso de casación, que la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional tuvo por preparado mediante Auto de 1 de diciembre de 2016 que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.



**TERCERO.**- Recibidas las actuaciones y personadas las partes, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, dictó Auto el 23 de febrero de 2017 , cuya parte dispositiva dice literalmente:

« 1º) Admitir el recurso de casación nº **225/2016** interpuesto por el representante legal de la entidad "Banco Santander S.A", contra la sentencia de 29 de septiembre de 2016, dictada por la Sección Tercera, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional , en el procedimiento ordinario núm. 417/2015.

2º) Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar el alcance que ha de darse a la obligación de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, contenida en el artículo 79 y de la Ley 24/1998 de Mercado de Valores en relación con el art. 59.b) ii del Real Decreto 217/2008 .

3º) Se ordena publicar este Auto en la página web del Tribunal Supremo, haciendo referencia al mismo, con sucinta mención de las normas que serán objeto de interpretación.

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

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

**CUARTO.**- Admitido el recurso, por diligencia de ordenación de 8 de marzo de 2017, se concedido a la parte recurrente un plazo de treinta días para presentar el escrito de interposición, lo que efectuó el procurador don Eduardo Codes Feijoo por escrito presentado el 27 de abril de 2017, presentó escrito de interposición del recurso de casación en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, lo concluyó con el siguientes SUPPLICO:

« que, teniendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo; unirlo a los autos de su razón; tener por formulado **RECURSO DE CASACIÓN** frente a la Sentencia de la Ilma. Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección 3ª) de 29 de septiembre de 2016 (PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO nº 417/2015) y, en virtud de los razonamientos y alegaciones que en él se exponen:

**a.** En el caso de que esta Excm. Sala estime la infracción del artículo 59.b).ii) del Real Decreto 217/2008 y, en relación con él, el de los arts. 79 y 100. t) LMV, por parte de la Sentencia de 29 de diciembre de 2016, previa su íntegra revocación, declare que BANCO BANIF, S.A. dio debido cumplimiento a los deberes de diligencia y transparencia que le correspondían ( artículo 59.b).ii) del Real Decreto 217/2008 en relación con el artículo 79 LMV) y que, por tanto, no existió la infracción grave del artículo 100.t) LMV por la que BANCO SANTANDER ha sido sancionado, anulando consecuentemente la sanción de 2.000.000 de euros que le fue impuesta por la CNMV.

**b.** En el caso de que esta Excm. Sala descarte la anterior infracción pero estime la infracción del artículo 130.1 Ley 30/1992 , desde la perspectiva del principio de culpabilidad, tal y como ha sido interpretado por su jurisprudencia, por parte de la Sentencia de 29 de diciembre de 2016, previa su íntegra revocación, declare que BANCO BANIF, S.A. no incurrió en una conducta culpable a efectos sancionadores y, por tanto, que no se cometió la infracción grave del artículo 100.t) LMV por la que BANCO SANTANDER ha sido sancionado, anulando consecuentemente la sanción de 2.000.000 de euros que le fue impuesta por la CNMV; y finalmente

**c.** En el caso de que esta Excm. Sala descarte cualquier de las dos anteriores infracciones pero estime la infracción del artículo 131.3 de la Ley 30/1992 , en relación con el artículo 106.ter, apartados a) y b), LMV, desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, por parte de la Sentencia de 29 de diciembre de 2016, previa su revocación parcial, declare que la sanción de 2.000.000 de euros impuesta a BANCO SANTANDER es desproporcionada y, anulando parcialmente la decisión de la CNMV, reduzca el importe de esa sanción en los términos que considere procedentes.

Todo ello de conformidad con lo previsto en el artículo 90.3.b) LJCA y con el pronunciamiento en costas judiciales que estime oportuno de acuerdo con lo dispuesto en esa misma Ley. » .

**QUINTO.**- Por Providencia de 3 de mayo de 2017, se tiene por interpuesto recurso de casación, y se acuerda dar traslado del escrito de interposición a la parte recurrida (la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO) a fin de que, en el plazo de treinta días, pueda oponerse al recurso, lo que efectúa el Abogado del Estado en escrito presentado el 30 de mayo de 2017, en el que tras efectuar las manifestaciones que consideró oportunas, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« que teniendo por presentado este escrito se desestime el recurso de casación, confirman la sentencia recurrida.

Por Otrosí dice que no se considera necesaria la celebración de vista pública. » .



**SEXTO.-** De conformidad con el artículo 92.6 de la Ley de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y considerando innecesaria la celebración de vista pública, atendiendo a la índole del asunto, por providencia de fecha 16 de junio de 2017, se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, y se señaló este recurso para votación y fallo el día 3 de octubre de 2017, fecha en que tuvo lugar el acto.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- Sobre el objeto y planteamiento del recurso de casación: El asunto litigioso y la sentencia impugnada de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 29 de septiembre de 2016, que enjuicia la resolución sancionadora del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de valores de 21 de mayo de 2014.**

El recurso de casación que enjuiciamos se interpuso por la representación procesal de la Sociedad BANCO SANTANDER, S.A., al amparo de la reforma de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, operada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, tiene por objeto la pretensión de que se revoque la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 29 de septiembre de 2016, que desestimó el recurso contencioso-administrativo planteado contra la resolución del Subsecretario de Economía y Competitividad (adoptada por delegación del Ministro de Economía y Competitividad) de 16 de octubre de 2015, que desestimó el recurso de alzada formulado contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 21 de mayo de 2014, por la que se impone al Banco Santander, S.A., como subrogado en la responsabilidad declarada de Banco Banif, S.A., una multa por importe de 2.000.000 de euros, por la comisión de una infracción de carácter grave del artículo 100 t) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

El Tribunal de instancia fundamenta su decisión de desestimar el recurso contencioso-administrativo con base en las siguientes consideraciones jurídicas:

« [...] Se denuncia la vulneración del principio de tipicidad.

La **letra t) del art. 100 de la LMV**, en la redacción vigente en la fecha de los hechos, tipificaba como infracción grave: " *la inobservancia por Quienes prestan servicios de inversión de las obligaciones, reglas y limitaciones, previstas en los apartados 2 y 3 del artículo 70 ter, o en los artículos 70 quater, 79, 79 bis, 79 ter, 79 quinquies y 79 sexies, cuando no constituya infracción muy grave*". En la resolución recurrida se analiza la posible aplicación retroactiva de las modificaciones producidas en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores por la ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, fecha de vigor 6-3-2011, descartándola pues: " *no cabe la aplicación retroactiva de las nuevas disposiciones sancionadoras por cuanto la nueva redacción agrava el incumplimiento del artículo 79 cometido por BANIF al considerarlo muy grave en todo caso, siendo grave si se produce de forma ocasional o aislada o leve cuando el incumplimiento es singular, circunstancias que en el presente supuesto, por tratarse de incumplimientos de la norma por parte de BANIF llevados a cabo de forma reiterada, no concurren*". En la demanda no se plantean cuestiones relativas a la aplicación retroactiva in bonus.

El citado **art. 79 de la LMV** dispone que " *Las entidades que presten servicios de inversión deberán comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios, y, en particular, observando las normas establecidas en este capítulo y en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo. En concreto, no se considerará que las empresas de servicios de inversión actúan con diligencia y transparencia y en interés de sus clientes, si en relación con la provisión de un servicio de inversión o auxiliar pagan o perciben algún honorario o comisión, o aportan o reciben algún beneficio no monetario que no se ajuste a lo establecido en las disposiciones que desarrollen esta Ley*".

El **art. 59 b) del Real Decreto 217/2008**, califica como incentivos permitidos, a los efectos del artículo 79 de la LMV, los honorarios, comisiones o beneficios no monetarios pagados o entregados a un tercero o a una persona que actúe por cuenta de aquél, y los ofrecidos por un tercero o por una persona que actúe por cuenta de aquél, cuando se cumplan las siguientes condiciones:

1) La existencia, naturaleza y cuantía de los honorarios, comisiones o beneficios no monetarios o, cuando su cuantía no se pueda determinar, el método de cálculo de esa cuantía, deberán revelarse claramente al cliente, de forma completa, exacta y comprensible, antes de la prestación del servicio de inversión o servicio auxiliar. A tales efectos, las entidades que presten servicios de inversión podrán comunicar las condiciones esenciales de su sistema de incentivos de manera resumida, siempre que efectúen una comunicación más detallada a solicitud del cliente. Se entenderá cumplida esta última obligación cuando la entidad ponga a disposición del cliente la información requerida a través de los canales de distribución de la entidad o en su página Web, siempre que el cliente haya consentido a dicha forma de provisión de la información.



2) *El pago de los incentivos deberá aumentar la calidad del servicio prestado al cliente y no podrá entorpecer el cumplimiento de la obligación de la empresa de actuar en el interés óptimo del cliente .*

La resolución sancionadora considera que BANIF, en tanto que recomendó (en el ámbito del asesoramiento financiero a clientes minoristas) y adquirió (como gestor de carteras de clientes) clases de acciones de IIC extranjeras con mayores comisiones de gestión que otras del mismo compartimento que, teniendo importes de suscripción mínimos similares a las clases de acciones recomendadas o adquiridas, soportaban, sin embargo, menores comisiones de gestión o carecían de comisión de distribución, incumple la condición establecida en el artículo 59.b).ii) del Real Decreto 217/2008 dado que la recomendación y adquisición de esas series más caras por parte de BANIF para sus clientes asesorados/gestionados, además de no suponer un aumento de la calidad del servicio prestado a sus clientes, entorpeció el cumplimiento de la obligación de BANIF de actuar en el interés óptimo de los mismos.

La parte actora defiende, que la recomendación o adquisición de series de acciones con comisiones de gestión más elevadas que otras del mismo compartimento y en consecuencia mayores retrocesiones es consecuencia del modelo de gestión elegido, basado en una " *arquitectura abierta* " (sic), que permite ofrecer a sus clientes una mayor gama de IIC y, en consecuencia, un mejor potencial de rentabilidad. Señala que con este modelo se trataba de optimizar el servicio prestado aun cuando tuviera, como contrapartida, la estandarización de los procedimientos, estandarización que, en el momento en que se realizó la inspección, preveía la adquisición, por defecto, de la clase de acciones que menores requisitos de adquisición o acceso tuviesen, las denominadas acciones " *retail* ", a fin de que todos los clientes tuviesen acceso a la misma IIC, lo que suponía que el sistema, en buena parte de los casos, condujera hacia las clases de acciones con mayores comisiones de gestión.

Para el enjuiciamiento de la cuestión no podemos olvidar que este sistema de gestión se aplicó de manera generalizada pues, de la muestra significativa utilizada en la inspección, esta actuación en favor de las acciones con mayores comisiones de gestión se producía en el 96% de los casos analizados en el ámbito del asesoramiento financiero y en el 79% de las posiciones de carteras gestionadas invertidas en IIC extranjeras, lo que conducía inexorablemente a un mayor coste para el cliente (tenía que soportar mayores comisiones) y a un mayor beneficio para BANIF que veía incrementados sus ingresos por retrocesión. Vistos los porcentajes señalados, el sistema que se dice por defecto resultaba ser el general y además tendencialmente dirigido a las acciones, que aun teniendo los mismos requisitos mínimos de acceso, conducían a mayores comisiones de gestión y por ende a un mayor coeficiente de retrocesión. Es por ello evidente que, aun en el sistema de " *arquitectura abierta* " como el defendido por la recurrente en demanda y con base a la pericial aportada, existían otras opciones más favorables en cuanto a acciones de la misma clase (iguales requisitos de acceso) con menores costes para los clientes en comisiones.

Las comisiones en general, y por tanto la comisión de gestión, disminuyen la rentabilidad para el partícipe de tal manera que cuando BANIF recomendaba/elegía, generalizadamente, la clase de acciones de IIC extranjeras con mayor porcentaje de comisión de gestión frente a otras clases disponibles, no solo disminuía indiscutiblemente la rentabilidad para el partícipe en un mayor grado (de ahí que no tenga relevancia el que finalmente, en la mayoría de los casos, hubiera habido beneficios para el partícipe ya que se está trabajando en la eventualidad de que estos deberían haber sido mayores), sino que también obtenía - gestión de cartera - o podía obtener - asesoramiento - mayores incentivos derivados de las retrocesiones aplicadas o a aplicar ya que aun existiendo otras comisiones (suscripción/reembolso) de hecho no las repercutía por lo que éstas otras no constituían parámetros a valorar comparativamente en la recomendación/elección de la inversión.

Esto lo podemos apreciar claramente en los casos recogidos en la propia pericial de parte referentes a:

*" Carm Egnac Patrimoine: el fondo cuenta con dos clases (A y E) para las que no se exige importe mínimo de inversión. Si bien la clase E, en la que invirtieron los clientes de Banco Banif soporta una comisión del 2%, frente al 1,5% de la clase A, esta última está potencialmente expuesta a una comisión de suscripción de hasta el 4% de lo invertido .*

*Dexia Bonds Euro Short Term: dos clases de participaciones - las denominadas Classique y N- no exigían importe mínimo de inversión. Es de aplicación a la clase N una comisión de gestión del 0,89%, pero sin posibilidad de soportar comisión de suscripción en caso alguno; por el contrario las participaciones Classique, con una menor comisión de gestión (0,49%) estaban expuestas al riesgo de una comisión de suscripción de hasta el 2,5%.*

*B6F Euro Short Duration Bond: de modo similar a los anteriores, las clases con importe mínimo de suscripción más bajo (clases A y E/5.000 €) difieren en la comisión de gestión asociada (0,75% para la A y 1,25% para la E), pero también en la posible comisión de suscripción: superior para la clase "barata" (5%/ clase A) que para la "cara" (3%, clase E).*



*Amundi Funds Dynarbitrage Volatility: nuevamente se observa cómo la clase destinada al segmento "retail" (clase H, en este fondo) lleva asociada una comisión de gestión superior a la de la clase S (1,40% frente a 1/20%), diferencia que se ve compensada por el distinto impacto potencial que se derivaría de la imposición de una comisión de suscripción (máximo del 1% de la clase H frente al 3% de la clase S). " (Sic).*

El argumento centrado en que la elección gravitaba en la posibilidad de la eventualidad de otras comisiones (suscripción/reembolso) que de hecho no se ha acreditado que BANIF las repercutiera a los clientes en ninguno de los casos. El propio perito en la ratificación de la pericial ha asumido esta discrecionalidad y ha manifestado desconocer si efectivamente se repercutieron, por lo que estas otras eventuales comisiones, por la propia mecánica operativa de la entidad en el tratamiento generalizado de las mismas, no constituían parámetros a valorar comparativamente en la recomendación/elección de la inversión. De hecho, esta operativa restaba atención al concreto del importe de la única comisión cierta, comisión de gestión, y estaba claramente dirigida a que los partícipes se orientaran hacia mayores comisiones de gestión/distribución que era donde estaba el interés/incentivo directo de BANIF, como tercero, ante la realidad o expectativa de un mayor porcentaje de retrocesión.

La Sala no llega a entender, en lo que interesa al caso examinado (elección generalizada de acciones, dentro de la misma clase, con mayores comisiones de gestión siendo que BANIF, en su condición de comercializador de los fondos, centraba su retribución en la retrocesión de un porcentaje de la comisión de gestión) en qué medida aumentaba la calidad del servicio prestado en el marco del art. 59 b) del Real Decreto 217/2008 esa estandarización en las ventajas de un sistema abierto o cómo venía a incidir positivamente en el principio general de actuar en el interés del cliente.

Ambos aspectos - calidad de servicio e interés del cliente - pueden reputarse como conceptos jurídicos indeterminados pero son susceptibles de concretarse mediante criterios lógicos, técnicos o de experiencia de cara a prever con suficiente seguridad las características de la conducta constitutiva de la acción típica y desde luego el interés del cliente participe en la inversión de fondos pasa porque obtenga la mayor ganancia posible lo que es difícilmente conciliable con una generalización en la opción a favor de las acciones con las comisiones de gestión superiores. El modelo de gestión de "arquitectura abierta" como el empleado por BANIF, cuando pasa del modelo abstracto a lo concreto de su generalizada aplicación en las cifras expuestas y en las consecuencias económicas señaladas, vemos que difícilmente se justifica en la finalidad de promover el acceso a un mayor número de IIC y en un aumento de la calidad del servicio. Recordemos que el fenómeno se reproduce en tipologías de acciones de la misma clase - que no exigían importe mínimo de inversión o que tenían el mínimo de suscripción más bajo. Por otro lado el carácter abierto no tenía por qué conducir, generalizadamente, al sobre coste para el cliente y paralelamente un beneficio añadido para la entidad. Aun en el diseño de un modelo abierto nada justifica que dentro de las mismas clases de acciones, que tienen las mismas condiciones de acceso se elija, por sistema, las de mayor comisión.

Con base a todo lo anterior ha de confirmarse la tipificación de los hechos constatados

**5.-** En cuanto a la culpabilidad no se cuestiona en la demanda, aunque si se hizo en vía administrativa, que la sanción, por subrogación, se imponga al BANCO SANTANDER, y entroncando con lo ya señalado en el fundamento jurídico antecedente, ya hemos visto que el modelo diseñado por BANIF que se ha pretendido justificar bajo el propósito, en abstracto, de que este modelo de gestión aumentara la expectativa de rentabilidad para sus clientes permitiendo el acceso a mayores clases de acciones y con ello aumentar la calidad del servicio, la aplicación práctica del modelo condujo a que, dentro de la muestra significativa analizada, el 96% de los clientes asesorados y el 79% de los gestionados por la Entidad adquiriesen clases de acciones con mayores comisiones aun cuando existían otras, en el mismo compartimento, de idénticas características, pero más económicas en comisiones ciertas, lo que por otro lado y curiosamente conducía a mayores retrocesiones para la entidad bancaria.

Además, no puede alegarse incertidumbre normativa ante el aplastante criterio lógico de que algo falla en lo que concierne al interés del cliente si mayoritariamente se le orienta hacia lo más costoso para él que, como derivada, siempre es más beneficioso para la entidad y sin olvidar que la Entidad, que es la que diseña el sistema, tenía los medios adecuados para detectar que el diseño de su modelo de gestión estaba ocasionando, en la práctica, de forma generalizada un sobre coste para sus clientes, así como tenía la capacidad de evitarlo, como de hecho sucedió cuando, a raíz de la inspección realizada por la CNMV, el Banco, aun manteniendo el modelo de gestión de "arquitectura abierta", modificó su diseño para corregir el perjuicio que se estaba causando a los clientes. Ello evidencia que la cuestión no gravita en confrontar un sistema de arquitectura abierta con otro de arquitectura cerrada, ni en las consecuencias de una estandarización frente a una gestión personalizada, tal y como se ha defendido en la pericial de parte.



6.- Por último, en la demanda, y con carácter subsidiario, se cuestiona la proporcionalidad de la sanción impuesta sobre la base de que:

- a) Procede aplicar una circunstancia atenuante adicional como es que la entidad no tenía como finalidad obtener un beneficio propio.
- b) No procede apreciar la circunstancia agravante de la supuesta gravedad del perjuicio causado .

El **art. 131-3 de la LJR-PAC** dispone que: " *En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar:*

- a) *La existencia de intencionalidad o reiteración.*
- b) *La naturaleza de los perjuicios causados.*
- c) *La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme "*

El **art. 106 ter de la LMV** , tras la reforma introducida por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, recogía como criterios de graduación:

- a) La naturaleza y entidad de la infracción.
- b) La gravedad del peligro ocasionado o del perjuicio causado.
- c) Las ganancias obtenidas, en su caso, como consecuencia de los actos u omisiones constitutivos de la infracción.
- d) La importancia de la entidad correspondiente, medida en función del importe total de su balance.
- e) Las consecuencias desfavorables de los hechos para el Sistema Financiero o la Economía Nacional.
- f) La circunstancia de haber procedido a la subsanación de la infracción por propia iniciativa.
- g) La reparación de los daños o perjuicios causados.
- h) La colaboración con la Comisión Nacional del Mercado de Valores, siempre que la misma haya aportado elementos o datos relevantes para el esclarecimiento de los hechos investigados.
- i) En el caso de insuficiencia de recursos propios, las dificultades objetivas que puedan haber concurrido para alcanzar o mantener el nivel legalmente exigido.
- j) 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 cuanto al tipo de sanción a imponer y el punto de partida para su cálculo, el artículo **103 de la LMV** , en la redacción vigente a la fecha de comisión de la infracción, establecía:

" *Por la comisión de infracciones graves se impondrá al infractor una o más de las siguientes sanciones:*

- a) *Multa por importe de hasta la mayor de las siguientes cifras: el doble del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción; el 2 por ciento de los recursos propios de la entidad infractora, el 2 por ciento de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción, o 300.000 euros.*
- b) *Suspensión o limitación del tipo o volumen de las operaciones o actividades que pueda realizar el infractor en los mercados de valores durante un plazo no superior a un año.*
- c) *Suspensión de la condición de miembro del mercado secundario oficial o del sistema multilateral de negociación correspondiente por plazo no superior a un año.*
- d) *Suspensión por plazo no superior a un año en el ejercicio del cargo de administración o dirección que ocupe el infractor en una entidad financiera. (...).* "

Partiendo de que la recurrente no cuestiona que la sanción haya de ser la de multa sino su cuantía, como se puede ver la norma remite a " *la cifra mayor* " y la misma es la que resulta de aplicar el criterio del 2 % de los recursos propios de la entidad infractora, que es precisamente el criterio que aplica la resolución y que, por tanto, debe considerarse correcta en este punto. Así se recoge que: " *...Siendo los recursos propios de la Entidad a 31 de diciembre de 2009, último ejercicio cerrado con anterioridad a la fecha de comisión de la infracción grave,*



de 424.933 miles de euros, la sanción a imponer podría ser de hasta 8.499 miles de euros ". No habiéndose cuestionado las cifras antedichas ha de confirmarse el punto de partida para la imposición de la sanción.

En la imposición de la sanción, por la Administración se aprecian dos circunstancias atenuantes:

- haber procedido a la subsanación de la infracción por propia iniciativa, letra g) del artículo 106 ter), y
- no haber sido sancionado con anterioridad por incumplimiento de normas de ordenación y disciplina del mercado de valores letra j) del artículo 106 ter) y, una circunstancia agravante:
- la gravedad del perjuicio causado, letra b) del artículo 106 ter)

Con base a ellos se acuerda: "...imponer la multa dentro de sus parámetros menores en su tercio inferior, pero con una cierta relevancia económica, con el objeto de que la multa cumpla su finalidad de retribución de la conducta infractora y disuasoria de incumplimientos futuros, sin que ello afecte, sin embargo, a la estabilidad financiera de la ENTIDAD absorbente ni suponga, por razones de equidad, un desproporcionado perjuicio indirecto a los accionistas minoritarios de la misma, esto es, multa por Importe de 2.000.000 de euros ..... la circunstancia de haber sido absorbida por su matriz, lejos de suponer una agravación de la responsabilidad o la imposición de una sanción más elevada que la que habría resultado de no haberse producido tal fusión con absorción, supone una circunstancia a tener en consideración para atemperar la sanción que se habría impuesto de no haberse producido tal operación corporativa ." (Sic).

Se defiende en la demanda la procedencia de apreciar, en este caso, una circunstancia atenuante adicional centrada en que la finalidad de la actuación sancionada no era obtener un beneficio propio con base al art 131 de la LRJ-PAC cuando remite a la existencia de " *intencionalidad o reiteración* " y a la letra a) del artículo 106 ter) de la LMV que remite a la " *naturaleza y entidad de la infracción* ", conceptos en los que, a criterio de la recurrente, cabe también incluir los elementos referentes al componente subjetivo de la infracción imputada: " *Estas circunstancias deben operar, según los casos, no solo como posibles agravantes, sino también como atenuantes. Si la infracción se realiza con una especial intencionalidad, procederá su apreciación como agravante. Pero si, como en el presente caso, existen hechos no discutidos que no solo descartan esa intención agravadora, sino que permiten considerar que en el caso concreto la actuación general de la entidad estaba presidida por una finalidad justificada y no perseguía un beneficio propio, debe proceder su apreciación como atenuante. Se estará, en ese caso, ante una circunstancia que no puede obviarse a la hora de graduar la posible sanción .* " (Sic).

La Sala comparte plenamente el criterio de la resolución sancionadora cuando indica que: " *Por lo que se refiere a la "existencia de intencionalidad o reiteración", este criterio no puede más que entenderse como agravante o no aplicar. La intencionalidad o la reiteración de la conducta infractora requieren un especial ánimo del infractor que convierte su conducta en especialmente grave, motivo por el cual sólo podrá considerarse como circunstancia agravante o, en su defecto, no aplicarse .* " (Sic). Es evidente que la circunstancia mencionada en el art. 131 de la LRJ-PAC está remitiendo a un agravado animo infractor en relación al básico del tipo sancionado y en el caso de la " *naturaleza y entidad de la infracción* " mencionada en el art. 106 ter de la LMV remite a aspectos objetivos de la misma y no al especial propósito buscado, que, además, en el caso de autos no puede encubrir un sistema que en su diseño, imputable únicamente a la Entidad, no estaba tendencialmente ordenado, en su generalidad aplastante, a buscar el interés óptimo del cliente con el añadido que ello implicaba correlativamente un mayor beneficio para BANIF, aunque, supuestamente, no lo buscara como propósito primero de su acción.

En cuanto a la circunstancia agravante citada en la Resolución impugnada se cuestiona a que la misma se construye con base a meras estimaciones.

En la resolución recurrida se indica como la agravación no se establece con base al beneficio sino en relación al perjuicio y se indica, en cuanto a la gravedad del perjuicio causado, que: " *En el presente supuesto, a efectos de aplicar el señalado criterio como criterio de dosimetría punitiva ha quedado debidamente acreditada la existencia de perjuicio y, en cuanto a su valoración aproximada, a efectos de considerarlo agravante o atenuante, ha quedado igualmente acreditado que este ascendió a, aproximadamente, unos 3 millones de euros para los clientes asesorados y a unos 4 millones para los gestionados. Obviamente, un perjuicio global aproximado de 7 millones de euros reúne, por su relevancia, las características necesarias para ser considerado de gravedad.* " (Sic)

Una cosa es que el perjuicio en su cálculo se construya sobre estimaciones y otra es que sea meramente hipotético en cuanto a su existencia y la relevancia de su cuantía. Como ya se indicó por la Administración la valoración exacta del perjuicio causado era prácticamente imposible, puesto que dependía de gran cantidad de factores -incluso subjetivos- y concretamente en este caso exigía analizar la situación diversa de cada cliente afectado, que dependía, entre otros factores, de las condiciones económicas concretas de cada clase

de acción, del tiempo que se hubiera mantenido el patrimonio gestionado o asesorado en cada clase y de la evolución del valor de mercado del patrimonio gestionado o asesorado durante el periodo de tiempo analizado.

Por otro lado sobre la base indiscutible de perjuicio para el cliente la resolución desarrolla su cálculo aun por estimación con base a criterios razonados y razonables que no han sido especialmente rebatidos en su concreto cálculo y parámetros base:

" *Estimación del posible impacto negativo causado a clientes.*

*La estimación exacta del impacto negativo materializado resulta compleja, ya que exigiría analizar la situación diversa de cada cliente, que depende, entre otros factores, de las condiciones económicas concretas de cada clase de acción; del tiempo que se haya mantenido el patrimonio gestionado o asesorado en cada clase y de la evolución del valor de mercado del patrimonio gestionado o asesorado durante el periodo de tiempo analizado.*

*No obstante lo anterior ya efectos meramente orientativos, el posible impacto negativo causado a los clientes por el mantenimiento de posiciones en IIC extranjeras con mayores comisiones durante un año, puede estimarse globalmente tomando como referencia las siguientes consideraciones: a) la posición gestionada o el importe comprado en el ámbito del asesoramiento ha mantenido su distribución y valoración inalterada durante todo un año; b) no se han producido aportaciones ni retiradas del patrimonio invertido en el año; c) cada cartera gestionada o compra asesorada tiene el mismo importe invertido en IIC extranjeras durante todo el año; d) el exceso de comisión de gestión en todos los compartimentos y clases de acciones se corresponde con el medio calculado en base a la muestra analizada en el curso de la inspección.*

*En base a lo anteriormente expuesto, se estima a continuación el posible impacto negativo causado a clientes:*

*Operaciones en ámbito del asesoramiento en materia de inversión. El importe total de operaciones de compra o traspaso de entrada de clientes minoristas ejecutadas durante el periodo de 8 meses analizado sobre IIC extranjeras fue de 1.044 millones de €.*

*Los 4 compartimentos analizados en detalle agruparon, aproximadamente, el 150,6 del importe total de compras y traspasos de entrada de minoristas durante el periodo analizado. Para dicha muestra se observó que, aproximadamente el 39% del importe de compras y traspasos de entrada de minoristas ejecutados eran operaciones asesoradas por la Entidad y, de estas últimas, el 96 % se realizó sobre las clases de acciones con mayores comisiones de gestión. Adicionalmente para estos cuatro compartimentos el promedio lineal del exceso de comisiones de gestión en las clases con mayores comisiones era del 0,75% anual.*

*Si se extrapolasen los resultados de la muestra analizada al total de operaciones ejecutadas, para un total de 1.044 millones de € de compras y traspasos de entrada de minoristas, aproximadamente 403 millones de € (39 %) correspondería a operaciones asesoradas y de ellas 388 millones de € (96 %) corresponderían a compras sobre las clases con mayores comisiones de gestión. Si a dicha estimación se le aplicase el porcentaje promedio lineal de exceso de comisión observado en los cuatro compartimentos analizados (0,75% anual) y aceptando las consideraciones indicadas al inicio de este apartado, el importe total del exceso de comisiones soportadas por clientes asesorados ascendería, en un año a, aproximadamente, 3 millones de € (388 millones de € x 0,75 %). Durante el periodo analizado se realizaron, aproximadamente 19 mil operaciones de compra y traspaso de entrada de minoristas (un 39 % de las cuales habrían estado asesoradas), lo que supone un importe promedio por operación de 55 mil € y un extracoste anual, por operación de aproximadamente 400 €, siempre que el cliente hubiese mantenido la posición 1 año (55 mil € x 0,75 %).*

*Si, aceptando las premisas indicadas al inicio de este apartado, al importe del exceso de comisiones estimado (3 millones de €) se le aplicase el promedio lineal de porcentaje de retrocesión de la comisión de gestión percibido por la Entidad en los 4 compartimentos analizados (54%), el importe de las retrocesiones percibidas correspondiente a dicho exceso de comisiones ascendería, en un año a, aproximadamente, 1,6 millones de €.*

*Posiciones en carteras gestionadas discrecionalmente. El importe total del patrimonio gestionado a 31 de agosto de 2010 era 2,331 millones de €. De ellos 1.295 millones estaban invertidos en IIC extranjeras (56% del total). De acuerdo a la estimación realizada el 79% de la posición gestionada invertida en IIC extranjeras estaba invertida en clases de acciones con comisiones de gestión más elevadas.*

*Se analizaron en detalle 5 compartimentos de IIC extranjeras que agrupaban aproximadamente el 60% del importe total invertido en IIC extranjeras. Para los 5 compartimentos analizados el promedio lineal de exceso de comisiones de gestión de las clases con mayores comisiones era del 0,43% anual.*

*Si se extrapolasen los resultados de la muestra analizada al total de patrimonio gestionado, del total de 2.331 millones de € gestionados, aproximadamente 1.295 millones de € (56%) correspondería a patrimonio en IIC extranjeras, y de este último 1,018 millones de € (79 %) estaba invertido en las clases con mayores comisiones de gestión. Si a dicha estimación se le aplicase el porcentaje promedio lineal de exceso de comisión observado*



en los cinco compartimentos analizados (0,43 % anual) y aceptando las consideraciones indicadas al inicio de este apartado, el importe total del exceso de comisiones soportadas por clientes gestionados ascendería en un año a, aproximadamente, 4 millones de € (1018 millones de € x 0,43 %). Durante el periodo analizado había, aproximadamente, 6 mil carteras gestionadas, lo que supone un patrimonio promedio por cartera de 377 mil €. En promedio, el patrimonio invertido en clases de acciones con comisiones de gestión superiores ascendería aproximadamente a 164 mil € (377 miles de € x 56% x 79 %), con un extra coste anual por cartera de aproximadamente 700 €, siempre que se mantuviese la posición un año (164 mil € x 0,43 %).

Si, aceptando las premisas indicadas al inicio de este apartado, al importe del exceso de comisiones estimado (4 millones de €) se le aplicase el promedio lineal de porcentaje de retrocesión de la comisión de gestión percibido por la Entidad en los 4 compartimentos analizados en el ámbito del asesoramiento (54 %) - ya que no se dispone de este dato para los compartimentos analizados en el ámbito de la gestión, el importe de las retrocesiones percibidas correspondiente a dicho exceso de comisiones ascendería, en un año a, aproximadamente, 2 millones de € ". (Sic)

Además, la cuantía total así estimada del perjuicio causado a los clientes (7 millones de € anuales) si se lleva al concreto periodo de infracción de 8 meses arroja la cifra de 4,6 millones de € con lo que la cuantía de la sanción sigue siendo notoriamente inferior a esta cifra. » .

El recurso de casación se fundamenta en la alegación de que la sentencia recurrida infringe el artículo 79 de la Ley del Mercado de valores, en relación con lo dispuesto en el artículo 59.b) ii) 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 y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, así como del artículo 100 c) del citado texto legal .

Se cuestiona la sentencia impugnada porque se fija únicamente en el dato de las comisiones, pero no tiene en cuenta que para la gestión de un sistema masivo que se refiere a carteras modelizadas y comunes para sus clientes de institutos de inversión colectiva (IIC) era necesaria una estandarización que, en su conjunto, podía ofrecer un resultado neto mas positivo para el cliente, al aumentar la rentabilidad.

Se aduce, al respecto, que el artículo 59 b) ii) del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero , establece una regla sinalagmática, es decir, una regla de reciprocidad, entre el incentivo que percibe la entidad prestadora de los servicios y el incremento de la calidad del servicio que recibe el cliente.

Se expone que el sistema seguido por Banco Banif, S.A. consiste en aplicar un sistema o modelo de «arquitectura abierta», en el sentido de que con el se persigue ampliar el universo de IIC accesibles a sus clientes, lo que les beneficia al ampliar las posibilidades de inversión.

También se denuncia la infracción por la sentencia recurrida del artículo 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , en relación con la jurisprudencia contenida en las sentencias de esta Sala de 13 octubre de 1989 y de 9 de diciembre de 1997 , en relación con el principio de culpabilidad.

En tercer término, se imputa a la sentencia impugnada la infracción del artículo 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , y de las letras a ) y b) del artículo 106 de la Ley del Mercado de valores (en la redacción dada por la Ley 2/2011, de Economía Sostenible), en relación con el principio de proporcionalidad.

**SEGUNDO.- Sobre la formación de jurisprudencia relativa a la determinación del alcance de la obligación impuesta a las entidades que prestan servicios de inversión de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, prevista en el artículo 79 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores , en relación con lo dispuesto en el artículo 59 b) ii) del Real Decreto 217/2009, de 15 de febrero .**

La cuestión sobre la que esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo debe pronunciarse para la formación de jurisprudencia, consiste en determinar el alcance hermenéutico que ha de darse al artículo 79 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores , que dispone que las entidades que prestan servicios de inversión están obligadas a comportarse y actuar «con diligencia y transparencia en interés de sus clientes», en relación con el régimen de incentivos que perciben dichas entidades de gestión de servicios financieros regulado en el artículo 59 del Real Decreto 217/2008 .

A tal efecto, resulta procedente poner de manifiesto que la respuesta jurisdiccional que demos a la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la fijación de jurisprudencia, comporta resolver si, tal como propugna la defensa letrada de la mercantil recurrente en su escrito de interposición, la sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 29 de septiembre de 2016 , que confirma la sanción de 2.000.000 de euros impuesta a Banco Santander en la resolución del Consejo de



Comisión Nacional del Mercado de Valores de 21 de mayo de 2014, infringe el artículo 79 de la Ley del Mercado de Valores , en relación con lo dispuesto en el artículo 59 b) ii) del Real Decreto 217/2008 .

Procede, asimismo, subrayar, que el enjuiciamiento del presente recurso de casación parte de la premisa de que el Tribunal de instancia ha considerado conforme a Derecho la resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 21 de mayo de 2014, que, en su parte dispositiva, declara que Banco Banif, S.A. ha incurrido en la comisión de una infracción grave tipificada en el artículo 100 t), de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores , vigente a partir del 21 de diciembre de 2007 y hasta el 6 de marzo de 2011, por incumplimiento, desde el 1 de enero hasta el 31 de agosto de 2010, de lo establecido en el artículo 79 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores , en relación con la vulneración del deber de actuar con transparencia y diligencia y en interés de sus clientes, por haber percibido comisiones que no se ajustan a lo establecido en la letra b) del artículo 59 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.

En este sentido, la sentencia recurrida considera acreditado que la entidad Banco Banif, S.A., que operaba como subdistribuidor de los fondos del Allfunds Bank, percibía de éste, como retribución, una retrocesión de un porcentaje de las comisiones de gestión aplicadas a las IIC de terceras SGIIC, cuyas participaciones eran adquiridas por Banif por cuenta de sus clientes en el contexto de operaciones asesoradas por la entidad o de gestión discrecional de clientes.

Se declaró acreditado que «para determinadas IIC extranjeras analizadas, la mayoría de las compras y traspasos de entrada de inversores minoristas en el contexto del asesoramiento financiero (un 96% de la muestra) se realizaron sobre clases de acciones que tenían mayores comisiones de gestión (o incluían comisiones de distribución) que otras clases de acciones del mismo compartimento que, teniendo importes mínimos de suscripción similares a las clases de acciones comercializadas, soportaban menores comisiones de gestión (o carecían de comisión de distribución)»; y que «la mayor parte (un 79%) de las posiciones de carteras gestionadas invertidas en IIC extranjeras, lo estaban en las clases de acciones que tenían mayores comisiones de gestión (o incluían comisiones de distribución) que otras clases de acciones del mismo compartimento que, teniendo importes mínimos de suscripción similares a las clases de acciones comercializadas, soportaban menores comisiones de gestión (o carecían de comisión de distribución)».

Partiendo de este relato fáctico, consideramos acertada la decisión del Tribunal de instancia, que, tras considerar que los hechos declarados probados en la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados de Valores de 21 de mayo de 2014 son subsumibles en el tipo infractor del artículo 100 t) de la Ley del Mercado de Valores (que dispone que constituye infracción grave la inobservancia ocasional o aislada por quienes presten servicios de inversión de las obligaciones de gobierno corporativo y requisitos de organización previstas en el artículo 70 ter, así como de las obligaciones en materia de remuneraciones previstas en el 70 ter.Dos o la inobservancia ocasional o aislada por quienes presten servicios de inversión de las obligaciones, reglas y limitaciones previstas en los artículos 70 quáter , 79 , 79 bis , 79 ter , 79 quinquies y 79 sexies), sostiene que dicha resolución sancionadora no contraviene el principio de legalidad ni el principio de tipicidad que, conforme a lo dispuesto en el artículo 25 de la Constitución , rigen el ejercicio de la potestad sancionadora.

Por ello, no compartimos la tesis argumental que desarrolla la defensa letrada de la entidad financiera recurrente, respecto de que la sentencia no toma en consideración que el sistema de gestión de las inversiones en IIC, establecido por Banif, S.A. tuviera como objetivo prestar un mejor servicio a sus clientes, al permitirles obtener una mayor rentabilidad.

Al respecto, procede señalar que no cabe ignorar que, tal como se razona en la sentencia recurrida, la aplicación de dicho modelo de gestión ha supuesto que los clientes soportan en las operaciones realizadas un sobrecoste en comisiones injustificado, en cuanto existían otras alternativas de inversión en IIC de características similares que comportaban el pago de menores comisiones de gestión.

Tampoco entendemos que proceda exonerar de responsabilidad al Banco Banif, S.A. por la comisión de la conducta infractora tipificada en el artículo 100 t) de la Ley del Mercado de Valores , tal como propugna la defensa letrada de la entidad recurrente, por haber incurrido el Tribunal de instancia en un error de interpretación de lo dispuesto en el artículo 59 b) ii) del Real Decreto 217/2008 , por no valorar -según se aduce- que dicha disposición establece una regla sinalagmática o de reciprocidad entre el incentivo que percibe la entidad prestadora de los servicios de intermediación financiera y el incremento de la calidad del servicio que recibe el cliente al ofrecerle un modelo de inversión de «arquitectura abierta», que le puede comportar obtener una mayor rentabilidad, lo que determinaría -a su juicio- que, en este supuesto, no se habría demostrado que hubiera defraudado la finalidad de actuar en el «mejor interés del cliente».

Esta Sala sostiene que la supuesta necesidad de tener que estandarizar los procesos de gestión de las inversiones en IIC, para que el sistema fuere viable, (que, según expone la defensa letrada de la entidad



recurrente, podría justificar la generalización del modelo aplicado por el Banco Banif, S.A.), en ningún caso resulta determinante para entender plausible una práctica de gestión de carteras encaminada a canalizar a los clientes minoritarios hacia la adquisición de clases de acciones de IIC y participaciones que soportan mayores comisiones.

Cabe recordar que el artículo 79 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en su apartado primero establece, con meridiana claridad y suficiente precisión que «las entidades que presten servicios de inversión deberán comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios, y, en particular, observando las normas establecidas en este capítulo y en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo», teniendo en cuenta que este precepto tiene como principales destinatarios las entidades que operan en los mercados financieros que cuentan con cualificados servicios de asesoramiento jurídico de carácter interno y externo.

En el apartado 2 de este precepto legal se especifica que «en concreto, no se considerará que las empresas de servicios de inversión actúan con diligencia y transparencia y en interés de sus clientes, si en relación con la provisión de un servicio de inversión o auxiliar pagan o perciben algún honorario o comisión, o aportan o reciben algún beneficio no monetario que no se ajuste a lo establecido en las disposiciones que desarrollen esta Ley». Por su parte, el artículo 59 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, en su apartado ii) dispone que «el pago de los incentivos deberá aumentar la calidad del servicio prestado al cliente y no podrá entorpecer el cumplimiento de la obligación de la empresa de actuar en el interés óptimo del cliente».

Esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo sostiene que dichas disposiciones deben interpretarse en consonancia con el principio de protección óptima del cliente, que constituye uno de los principios esenciales que informan la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo, y la Directiva 2006/73/CE de la Comisión de 10 de agosto de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de inversión, y términos definidos a efectos de dicha Directiva.

La obligación de actuar con diligencia y transparencia y en interés de sus clientes, que prevé el artículo 79 de la Ley del Mercado de Valores, debe interpretarse en el sentido de que las entidades que prestan servicios de inversión no pueden aplicar sistemas o modelos de gestión de IIC estandarizados que comporten la percepción de incentivos de terceros por la prestación de servicios de intermediación financiera, que supongan un excesivo sobrecoste en comisiones, en cuanto estimamos que entorpezcan o dificulten el cumplimiento de ese deber jurídico.

**Por ello**, esta Sala, dando respuesta a la cuestión planteada en este recurso de casación que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, considera que:

**1)** resulta incompatible con la obligación de «comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes» prevista en el artículo 79 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, que las entidades que prestan servicios de inversión recomienden u ofrezcan a sus clientes inversores minoristas, inversiones en IIC que incorporen condiciones económicas, como las analizadas en este proceso, que objetivamente no sean las más beneficiosas para los mismos, en cuanto que, existiendo otras alternativas similares de inversión con menores costes de gestión, comporta soportar un sobrecoste en comisiones que no resulta acorde con el mercado de prestación de servicios de intermediación financiera.

**2)** también resulta incompatible con la obligación de «comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes», establecida en el artículo 79 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en relación con lo dispuesto en el artículo 59 b) ii) del Real Decreto 217/2008, de 15 de julio, que las entidades que prestan servicios de inversión apliquen un modelo de gestión de carteras estandarizado, en un entorno de arquitectura abierta o cerrada, que no comporte un incremento sustancial de las expectativas de rentabilidad ni una reducción del riesgo de pérdidas, que conlleve que las entidades de inversión perciban incentivos por la comercialización de IIC de otras entidades financieras que generan ingresos superiores a los estándares normales devengados en la prestación de los servicios de intermediación, y que -como en el supuesto acreditado en este proceso- no redunden en una mejora de la calidad del servicio, cuando previamente no se haya informado y asesorado de forma personalizada y concreta y, por tanto, no genérica, al cliente sobre las características y el tipo de inversión.

En lo que concierne a la denunciada infracción del artículo 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en relación con la jurisprudencia del Tribunal Supremo sentada en las sentencias de 9 de diciembre de 1997 y de 13



de octubre de 1989 , formulada en relación con el principio de culpabilidad, descartamos que el Tribunal de instancia haya inaplicado la jurisprudencia de esta Sala al apreciar la concurrencia del elemento subjetivo del injusto en la conducta infractora imputada a la entidad Banco Banif, S.A.

En efecto, esta Sala no considera convincente el argumento formulado por la defensa letrada de la mercantil recurrente, respecto de que el Tribunal de instancia debió ponderar la incidencia que la posible falta de concreción del deber de actuar con diligencia y transparencia y en interés de sus clientes, puede tener para determinar las consecuencias sancionadoras asociadas a dicho incumplimiento.

Sostenemos, al respecto, que, tal como se razona en la sentencia impugnada, con rigor y solidez jurídica, no puede alegarse «incertidumbre normativa», ante una conducta consistente en canalizar las inversiones en IIC de los clientes a aquellos que «mayoritariamente» resulten más beneficiosas para la entidad financiera y que ocasionaban perjuicio económicos a los clientes, al deber soportar sobrecostes en comisiones excesivos, en relación con otras alternativas de inversión equiparables, en cuanto a las expectativas de rentabilidad económica.

Por ello, estimamos que la pretensión de que se revoque el pronunciamiento del Tribunal de instancia, por no apreciar la ausencia de culpabilidad, debido a la inconcreción e indeterminación de las obligaciones contenidas en el artículo 79 de la Ley del Mercado de valores y en el artículo 59 b) ii) del Real Decreto 217/2008 , cuya definición se realiza mediante conceptos jurídicos indeterminados, carece de fundamento.

Como se afirma en la sentencia recurrida, la entidad sancionada disponía de los medios adecuados para detectar que el diseño y aplicación del modelo de gestión de inversiones en IIC extranjeras no era el más beneficioso, por el sistema de incentivos establecido, para los intereses de sus clientes.

En lo relativo a la infracción del artículo 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , y del artículo 106 de la Ley del Mercado de Valores (en la redacción dada por la Ley 2/2011), también rechazamos que la sentencia de instancia haya vulnerado el principio de proporcionalidad al sostener que la sanción impuesta a la entidad Banco Banif, S.A. de 2.000.000 de euros, no es desproporcionada en el tercio inferior correspondiente a las infracciones graves, teniendo en cuenta todas las circunstancias atenuantes y agravantes concretas.

En efecto, esta Sala no comparte la tesis argumental que desarrolla la defensa letrada de la entidad recurrente, respecto de que no es razonable que el Tribunal de instancia inaplicara un criterio de atenuación de la sanción, relativo a la finalidad de la conducta sancionada, que no era el de obtener un beneficio propio, tal como resulta de los hechos y circunstancias que la Comisión Nacional del Mercado de Valores reconoció expresamente.

Entendemos que la sentencia valora adecuadamente el criterio de graduación de la sanción relativo a «la naturaleza y entidad de la infracción», al sostener que, aunque el Banco Banif, S.A. «no buscara como propósito primero de su acción» obtener el mayor beneficio para la entidad, no cabe eludir que aplicó un modelo de gestión que no estaba tendencialmente diseñado para procurar el interés óptimo de sus clientes.

Por ello, atendiendo a las circunstancias concurrentes en la comisión de la conducta sancionada, no apreciamos que el Tribunal de instancia no haya respetado el principio general de adecuación entre la conducta reputada infracción y la sanción impuesta, que derivaría -según se aduce- de no tener en cuenta la utilización de conceptos jurídicos inadecuados en la estructura del artículo 59 b) ii) del Real Decreto 217/2008 , porque, como hemos expuesto anteriormente, la sentencia descarta razonadamente que la normativa aplicada genere incertidumbre jurídica.

En consecuencia con lo razonado, al desestimarse íntegramente los motivos de casación articulados, procede declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la Sociedad BANCO SANTANDER, S.A. contra la sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el 29 de septiembre de 2016, dictada en el recurso contencioso-administrativo 417/2015 .

### **TERCERO.- Sobre las costas procesales.**

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 93.4 y 139.1 de la Ley de la Jurisdicción , la Sala acuerda que no procede la imposición de las costas de casación a ninguna de las partes, abonando cada una las causadas a su instancia y las comunes por mitad, y tampoco procede la imposición de las costas de instancia, pues la controversia planteada suscitaba dudas de derecho suficientes como para considerar improcedente la condena en costas al litigante vencido.

### **FALLO**



Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido: **Primero.- Que debemos declarar y declaramos no haber lugar** al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la Sociedad BANCO SANTANDER, S.A. contra la sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional el 29 de septiembre de 2016, dictada en el recurso contencioso-administrativo 417/2015. **Segundo.- No procede efectuar expresa imposición de las costas procesales** causadas en el presente recurso de casación ni las originadas en la instancia.

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

Así se acuerda y firma.

Eduardo Espin Templado Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat Eduardo Calvo Rojas Maria Isabel Perello Domenech Jose Maria del Riego Valledor Angel Ramon Arozamena Laso **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDO