



Roj: **ATS 1949/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:1949A**

Id Cendoj: **28079130012017200377**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/02/2017**

Nº de Recurso: **225/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **DIEGO CORDOBA CASTROVERDE**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUTO

En la Villa de Madrid, a 23 de febrero de 2017

HECHOS

PRIMERO- El procurador de los tribunales, D. Eduardo Codes Feijoo, en nombre y representación de Banco Santander S.A., ha preparado recurso de casación 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.

La sentencia impugnada desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Banco Santander S.A, contra la resolución de Resolución de la CNMV de 21 de mayo de 2014 por la que se impone a Banif, la sanción de dos millones (2.000.000) de euros por infracción grave tipificada en el art 100.t) de la Ley 24/1988 de 28 de julio, del Mercado de Valores, (BOE núm. 181, de 29 de julio de 1988), (en adelante, LMV), por incumplimiento durante el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2010 y el 31 de agosto de 2010, de lo establecido en el art 79 LMV en relación con el deber de actuar con transparencia, diligencia y en interés de sus clientes, por haber percibido comisiones que no se ajustan al art 59. b). 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 y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre (BOE núm. 41, de 16 de febrero de 2008), (en adelante, RD 217/2008). La entidad Banco Santander es responsable por subrogación derivado de la fusión con la entidad Banif.

La resolución fue confirmada mediante resolución desestimatoria del recurso de alzada de 16 de octubre de 2015 del Subsecretario de economía y competitividad, por delegación del Ministro de Economía y competitividad.

La resolución administrativa acordaba, en lo que aquí interesa, lo siguiente:

«[...] BANIF operaba como subdistribuidor de Allfunds Bank, percibiendo de éste como retribución una retrocesión de un porcentaje de las comisiones de gestión (o distribución) aplicadas a las lie de terceras SGIIIC, 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 carteras.

[...]

2. En el análisis de dichas operaciones, se comprobó 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).

· 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).

3. Como consecuencia de la conducta señalada, los clientes de la Entidad asumieron un sobrecoste en tales operaciones (puesto que existían otras acciones del mismo compartimento, de características idénticas, pero con menores comisiones) a la vez que el Banco veía incrementados sus ingresos por este concepto (principalmente porque al ser retribuido por su función como subdistribuidor mediante una retrocesión determinada sobre un porcentaje de la comisión de gestión, al ser estas mayores, se ampliaba la base de cálculo de la retrocesión [...]).

SEGUNDO.- La sentencia de instancia desestimó el recurso, confirmando la sanción a derecho, sobre la base de que no se mejoraba la calidad del servicio, ni se actuaba en interés del cliente, con el sistema de «arquitectura abierta» diseñado por Banif, ya que esta recomendaba, de forma generalizada, acciones procedentes de instituciones de inversión colectiva extranjeras, que aún de similares características, (entre otras, la suscripción mínima), soportaban mayores comisiones de gestión, y comportaban una mayor retrocesión para la intermediaria Banif. Concretamente, concluye:

«[...] 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.

[...]

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 [...].

TERCERO.- La representación procesal de Banco Santander SA, presentó escrito de preparación contra dicha sentencia, en el cual, tras acreditar el cumplimiento de los requisitos en orden al plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución que se impugna, denuncia la infracción del artículo 59.b).ii) del RD 217/2008 , artículo 79 y 100.t) de la LMV, pues, considera que la mayor retrocesión se debía al diseño de «arquitectura abierta», mediante el que el cliente podía acceder a una mayor gama de instituciones de inversión colectiva, (en adelante, IIC), comportando una inversión más diversificada, que en términos globales ofrecía la posibilidad de obtener una rentabilidad mayor a la que hubiera correspondido de haberse limitado a la comercialización de fondos constituidos por el grupo Santander. Considera, asimismo, infringido el artículo 130 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , (en adelante, LRJAP) y jurisprudencia (SSTS de 13 de octubre de 1989 y de 9 de diciembre de 1997), sobre el principio de culpabilidad, ante la incertidumbre regulatoria, y considera, finalmente, infringido el artículo 131.3 de la LRJAP , en relación, con el artículo 106.ter.a) y b) de la LMV y el principio de proporcionalidad, pues no se buscaba el beneficio de la entidad, lo que debió atemperar la sanción, y no cabe el agravamiento de la sanción sobre la mera estimación del perjuicio, siendo imprescindible la acreditación del mismo.

Añade el recurrente que el recurso de casación presenta interés casacional objetivo conforme al artículo 88, apartado 3. a) de la Ley Jurisdiccional , pues no existe jurisprudencia sobre la cuestión en liza. Particularmente, sobre cómo debe interpretarse el régimen de incentivos de las entidades que prestan servicios de inversión y



como debe interpretarse el deber de actuar en mejor interés de los clientes, no resultando tan evidente que «lo más barato» sea irremediamente lo de «mejor calidad», debiendo interpretarse el criterio de reciprocidad entre el incentivo a la entidad intermediaria y la calidad del servicio prestado. Además, remite a la presunción de interés casacional prevista en el artículo 88.3.d) de la Ley Jurisdiccional, (al haberse emitido la sanción por la CNMV), y considera, finalmente, aplicable el apartado 2.c) del artículo 88 de la Ley de Jurisdiccional, al afectar a un gran número de situaciones, lo que viene evidenciado por la reciente Comunicación de la CNMV de 24 de octubre de 2016 sobre la distribución a clientes de clases de acciones de IIC y fondos clónicos.

CUARTO.- Por escrito fechado el 27 de diciembre de 2016 se ha personado como parte recurrida el Abogado del Estado.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Diego Cordoba Castroverde, Magistrado de la Sala

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Como cuestión previa, y desde un punto de vista formal, cabe señalar que el escrito de preparación cumple con las exigencias del artículo 89.2 LJCA por lo que nada puede oponerse a la admisibilidad del recurso desde el punto de vista de los subapartados a) y b) del artículo 90.4 LJCA.

Así, el escrito se ha estructurado en apartados separados, encabezados con un epígrafe expresivo de su respectivo contenido y se ha razonado en el mismo tanto la recurribilidad de la resolución de instancia por este cauce extraordinario como la observancia de los requisitos de legitimación y plazo.

De otro lado, se han identificado debidamente las normas cuya infracción se imputa a la sentencia de instancia, cumpliéndose con la carga procesal de justificar, *primero*, su incardinación en el Derecho estatal; *segundo*, su alegación en el proceso de instancia y/o su toma en consideración por la sentencia impugnada; y *tercero*, su relevancia en el sentido del "fallo".

Finalmente, esa Sección considera que se ha realizado el imprescindible esfuerzo argumental, con singular referencia al caso, en relación a la concurrencia de los distintos supuestos o escenarios de interés casacional comprendidos en los apartados 2º y 3º del artículo 88 LJCA que se invocan.

SEGUNDO.- A los efectos de establecer el interés casación objetivo debe partirse, y así se alega expresamente en el escrito de preparación, que la sentencia resuelve un recurso contra un acto de un organismo regulador o de supervisión cuyo enjuiciamiento corresponde a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, asuntos dotados de una presunción de interés casacional objetivo (art. 88.3.d) de la LJ), que si bien no impide que esta Sección pueda inadmitirlo la norma exige motivar que el asunto carece "manifiestamente" de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

La contienda, en síntesis, se plantea en los siguientes términos:

Tanto la resolución dictada por la CNMV como la sentencia de instancia sostienen que la empresa recurrente en su actividad de comercialización de instituciones de inversión colectiva ("IIC") incumplió el deber de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes al recomendar, de forma generalizada, acciones procedentes de instituciones de inversión colectiva extranjeras, que soportaban unas mayores comisiones de gestión y con un mayor coeficiente retrocesión para la intermediaria que otras acciones con características idénticas pero con menores comisiones, por lo que con su actuación incrementó el coste para el cliente (tenía que soportar mayores comisiones) incrementando sus ingresos por retrocesión.

Por el contrario, la sociedad recurrente sostiene que tal actuación se debe al diseño de "arquitectura abierta" que permitía al cliente acceder a una mayor gama de instituciones de inversión colectiva comportando una inversión más diversificada que podrían tener una mayor rentabilidad que la que hubiese correspondido de haberse limitado la comercialización a los fondos constituidos por el propio grupo, por lo que prestaba un servicio de mayor calidad para sus clientes, y que el cumplimiento de la obligación contenida en el 59.b) ii del Real Decreto 217/2008 debe interpretarse atendiendo a la correspondencia entre los incentivos que recibe la entidad intermediaria y la calidad del servicio que presta, pues no siempre lo más barato ofrece la mejor calidad para sus clientes.

El recurso planteado, aunque referido a una sanción por una conducta concreta, plantea, sin embargo, el problema de la interpretación del régimen de incentivos de las entidades que prestan servicios de inversión y más específicamente el alcance que ha de darse a la obligación de actuar en interés de los clientes, contenida en el artículo 79 y de la Ley 24/1998 de Mercado de Valores (en la redacción vigente en aquel momento) y en el art. 59.b) ii del Real Decreto 217/2008.



Por otra parte, el asunto puede trascender del caso concreto y la interpretación resultante puede tener una proyección más amplia, existiendo una creciente preocupación sobre esta cuestión, a tenor de la comunicación de la CNMV de 24 de octubre de 2016 sobre "la distribución a clientes de clases de acciones de IIC y fondos clónicos" en relación con la comercialización de acciones "clónicas", y la consiguiente actividad de supervisión realizada en este mercado.

Es por ello que no se aprecia, *prima facie*, una carencia manifiesta de interés casacional.

TERCERO. - Sentado, pues, que la resolución judicial de instancia es recurrible, que el escrito de preparación cumple todos los presupuestos y requisitos exigibles, y que apreciamos la concurrencia de un interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia que justifica su admisión, queda por dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 90.4 LJCA, a cuyo tenor <<los autos de admisión precisarán la cuestión o cuestiones en las que se entiende que existe interés casacional objetivo e identificarán la norma o normas jurídicas que en principio serán objeto de interpretación, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso>> .

En cumplimiento de esta previsión, declaramos que la norma jurídica que *en principio* debe ser objeto de interpretación es 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 .

CUARTO.- Conforme a lo dispuesto por el artículo 90.7 este Auto se publicará íntegramente en la página web del poder judicial, en la sección correspondiente al Tribunal Supremo, haciendo referencia al mismo, con sucinta mención de las normas que serán objeto de interpretación.

QUINTO.- Procede comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este Auto, como dispone el artículo 90.6 de la LJCA y conferir a las actuaciones el trámite previsto en los artículos 92 y 93 de la LJCA, remitiéndolas a la Sección Tercera de esta Sala, competente para su sustanciación y decisión de conformidad con las reglas de reparto.

Por todo lo anterior,

La Sección de Admisión acuerda:

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.

Así lo acuerdan y firman. D. Luis Maria Diez-Picazo Gimenez D. Manuel Vicente Garzon Herrero D. Segundo Menendez Perez D. Octavio Juan Herrero Pina D. Eduardo Calvo Rojas D. Joaquín Huelin Martínez de Velasco D. Diego Cordoba Castroverde D. Jose Juan Suay Rincon D. Jesus Cudero Blas