



Roj: **STSJ AND 162/2016 - ECLI: ES:TSJAND:2016:162**

Id Cendoj: **41091330022016100001**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Sevilla**

Sección: **2**

Fecha: **04/02/2016**

Nº de Recurso: **251/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **JOSE SANTOS GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SEVILLA

**SENTENCIA**

ILMOS. SRES:

D. ANTONIO MORENO ANDRADE

D. LUIS G. ARENAS IBÁÑEZ

D. JOSÉ SANTOS GÓMEZ

Sevilla a cuatro de febrero de dos mil dieciséis.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, formada por los magistrados que arriba se expresan, ha visto EN NOMBRE DEL REY el recurso contencioso administrativo nº. 251/2014, seguido entre las siguientes partes, como demandante la entidad mercantil Cixabank, S.A, representada por el Procurador Sr. Gordillo Alcalá y como demandada la Consejería de Administración Local y Relaciones Institucionales de la Junta de Andalucía, representada y asistida por la Sra. Letrada de la Junta de Andalucía. De cuantía determinada en 455.000 euros . Ha sido ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. JOSÉ SANTOS GÓMEZ, quién expresa el parecer de la Sección Segunda.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- En su escrito de demanda la parte actora interesa de la Sala una sentencia anulatoria de la resolución impugnada, con los demás pronunciamientos de constancia.

SEGUNDO.- Por las partes demandadas, al contestar, se solicita una sentencia desestimatoria del recurso interpuesto.

TERCERO.- Habiéndose recibido el pleito a prueba, fueron requeridas las partes para que presentaran el escrito de conclusiones que determina la Ley Jurisdiccional, y evacuado dicho trámite, en su momento, fue señalado día para la votación y fallo, el cual ha tenido lugar en el designado, habiéndose observado las prescripciones legales.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo contra el Acuerdo de 18 de febrero de 2014, del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, correspondiente al procedimiento sancionador nº. 41-000139-13-P/MG, por el que se impuso a Caixabank, S.A., como sucesora de la entidad Monte de Piedad y



Caja de Ahorros San Fernando de Guadalajara, Huelva, Jerez y Sevilla (en adelante CAJASOL), las sanciones siguientes: por la infracción consistente en incumplimiento de las condiciones de prestación del servicio, la sanción de multa de 225.000 euros; por la infracción consistente en incumplimiento en la venta de bienes, la sanción de multa de 225.000 euros; por la infracción consistente en incumplir medidas o requerimientos de la Administración, la sanción de multa de 5.000 euros.

SEGUNDO.- La parte actora alega en esencia lo siguiente:

Ausencia de competencia de la Junta de Andalucía por corresponder el conocimiento de los hechos imputados a la CNMV. Principio de especialidad.

Falta de competencia territorial y funcional de la Delegación Provincial para acordar la incoación del expediente sancionador, pues el Servicio de Consumo en Sevilla carece de competencia territorial y funcional para conocer de la contratación celebrada fuera de la provincia, como aquí ha sucedido al haber analizado clientes procedentes de Cádiz, Huelva, Granada y Málaga, infringiéndose así lo dispuesto en los art. 13 del Decreto 342/2012, en relación con el art. 39 de la Ley 9/2007, y en el art. 2 del Real Decreto 103/2004, no encontrándonos en el caso del punto segundo de este último artículo, pues cada infracción imputada se habría cometido únicamente en una sola provincia perfectamente determinable.

Falta de competencia objetiva de la Junta de Andalucía para conocer del expediente sancionador e imponer sanciones. La resolución que se recurre basa sus fundamentos jurídicos, principalmente, en el supuesto incumplimiento de normas relacionadas con el mercado de valores, y no en normas relacionadas con la protección de consumidores. La resolución impugnada se refiere de forma incompleta al art. 13 de la Ley 29/1988 del Mercado de Valores, al omitir la referencia que en éste se hace a la protección de inversores. En este sentido, es preciso tener en cuenta lo previsto en el art. 95 de la Ley de Mercado de Valores cuando establece la competencia exclusiva de la CNMV para sancionar infracciones relacionadas con el mercado de valores. No es de aplicación el art. 47.2 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, dado que la compatibilidad de sanciones que implica, pretende sancionar conductas distintas y en todo caso tipificadas por las normativas que las regulan, porque las supuestas infracciones no están tipificadas como infracciones en materia de defensa de consumidores y usuarios, porque la confirmación de las sanciones vulnerarían el principio de non bis in idem y la jurisprudencia aplicable al caso.

Principio de especialidad normativa, por el cual debe prevalecer la norma especial de protección de los consumidores de productos financieros de los inversores contenida en la Ley de Mercado de Valores, al adaptarse mejor a la infracción imputada que la norma general de protección de consumidores y usuarios.

Non bis in idem. Identidad de sujetos, hechos y fundamento entre el expediente tramitado por la Junta de Andalucía y el tramitado por la CNMV.

Es doctrina pacífica la aplicación del principio en los casos en que unos mismos hechos hayan sido previamente sancionados cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento o que no puede abrirse un segundo expediente sancionador por unos mismos hechos cuando ya se ha abierto uno.

Identidad de sujetos, hechos y fundamento. La identidad de sujetos resulta clara, pues ambas sanciones recaen sobre Caixabank, por parte de la Junta de Andalucía y por parte de CNMV, y en todo caso, la resolución de la Junta sanciona a Caixabank como sucesora de Cajasol. Los hechos son los mismos, pues suponen la venta de participaciones preferentes a clientes a quienes se debió evaluar previamente para determinar sus conocimientos y experiencia para la adquisición de tales productos (deficiencias en cuanto a los denominados test de conveniencia) y la ausencia o deficiencias de información a tales clientes sobre las características de las participaciones preferentes o productos complejos. En cuanto al bien jurídico protegido, ambos expedientes se refieren a la protección de los inversores en su actuación relacionada con el mercado de valores, siendo las normas sectoriales que regulan los aspectos enunciados, la actuación de las entidades participantes en el mercado de valores, o la actuación de los órganos de supervisión y sanción, las contenidas en la Ley de Mercado de Valores, el Real Decreto 217/2008, o la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva, estando concretamente tipificada la conducta sancionada en el art. 99 de la Ley de Mercado de Valores en relación con el art. 79 bis de la misma.

Prioridad temporal del expediente de la CNMV pues su incoación (de 6 de septiembre y 25 de octubre de 2012) es anterior a la del expediente de la Junta de Andalucía (de 18 de diciembre de 2012).

EL non bis in idem en la Ley 13/2003 de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía.

Ya ha recaído resolución sancionadora contra Caixabank en los expedientes tramitados por la CNMV, estando específicamente plasmada la prohibición de la doble sanción en el art. 86.3 a) de la Ley 13/2003; y en cuanto a los preceptos por los que la Junta de Andalucía le pretende sancionar (apartados 1 y 10 del art. 71.2 de la Ley

13/2003 ) es a la CNMV a la que corresponde supervisar e inspeccionar el mercado de valores y la actividad de quienes se relacionan en el tráfico de los mismos, y proteger a los inversores, por lo que estamos ante una duplicidad de sanciones.

Sobre las infracciones en materia de información. Supuesta vulneración del art. 79 bis de la Ley de Mercado de Valores . Competencia de la CNMV.

Los hechos sancionados se refieren a materia relacionada con mercados de valores, lo que es de competencia exclusiva de la CNMV. La normativa de protección de los intereses del consumidor constituye normativa específica de protección del cliente de servicios bancarios (el inversor) que en el campo de las actividades en los mercados de valores son sancionables por la CNMV, viniendo constituida esa normativa por la LMV, el Real Decreto 217/2008, o la circular 3/2013, de 12 de junio. Además ese acervo normativo normativo tiene su origen en la Directiva MIFID 2004/39/CE, que hace referencia a la protección de los inversores.

Indebida aplicación retroactiva de la normativa MIFID .

Los hechos que se imputan acontecieron antes de la entrada en vigor en España de la normativa MIFID y, a pesar de lo alegado por la Administración sancionadora, en algunos casos no se ha podido acreditar que la adquisición de los productos haya sido realizada con posterioridad a dicha entrada en vigor de la MIFID.

Incumplimiento de las condiciones que impongan las disposiciones de aplicación para la prestación de servicios..

Con la imposición de la sanción se vulnera el principio de tipicidad, pues todo ciudadano tiene el derecho fundamental a no ser condenado por una acción u omisión que no esté tipificada y penada por una ley vigente en el momento de producirse aquélla. Se ha producido una indebida incardinación del hecho en el tipo sancionador, al realizarse una interpretación que no era razonablemente previsible.

Sanción relativa al incumplimiento de requerimientos .

Todas las personas reclamantes fueron atendidas, lo que se acredita por la documentación aportada en el expediente y especialmente por las ofertas de recompra de las participaciones de los reclamantes que, no obstante, fueron renunciadas por los mismos. En todo caso, la Junta carecía de competencias para sancionar eventuales infracciones en materia de valores..

Personalidad de las sanciones

Es preciso poner de relieve que los hechos que supuestamente constituyeron las infracciones por las cuales se sancionó , es decir, por la venta de preferentes a los inversores, tuvieron lugar no sólo con anterioridad a la entrada en vigor de la MIFID, sino también con anterioridad a un proceso de reestructuración solitaria previa en Cajasol, mediante la creación de Banca Cívica y su posterior adquisición por Cixabank, S.A.

Injusticia material de la sanción a Caixabank por hechos realizados por Cajasol.

Sancionar a Caixabank por hechos realizados por Cajasol no sólo supondría una vulneración del principio de la personalidad de las sanciones, sino una grave injusticia material, por recaer la sanción sobre la entidad que se ha hecho cargo de un banco resultante de la integración de diversas cajas de ahorro, que tenían riesgo de desaparecer.

Prescripción de las infracciones: No se trataría de infracciones continuadas sino de presuntas infracciones instantáneas de efectos permanentes.

Falta de concurrencia de las pretendidas agravantes.

Por lo que se refiere a la falta de los deberes de diligencia, si la deficiencia se refiere a los deberes de información sobre los riesgos de los instrumentos financieros, es preciso señalar que al tiempo de la contratación de los productos, no estaba en vigor la Directiva MIFID, es preciso señalar que no se había establecido la obligación de elaborar los test ni de entregar la información precontractual sobre el producto concreto. Los deberes de diligencia en la información a clientes, no han sido incumplidos. No puede hablarse de infracción continuada o práctica habitual, pues sí que se realizaron los test de conveniencia necesarios y se entregó a los clientes información. No se creó alarma social con la comercialización de los productos financieros. En cuanto a la explotación de la situación de inferioridad de los clientes, lo que exige la Ley es que la conducta se haya realizado explotando la situación de inferioridad o indefensión de personas mayores, lo que implica un elemento volitivo dirigido a sacar provecho de esa circunstancia, y ello, debe ser probado.

Caducidad del procedimiento.



Se debió declarar la caducidad del procedimiento por transcurso de más de seis meses entre la incoación del expediente el 30 de abril de 2013 y la resolución del mismo que tuvo lugar el 18 de septiembre de 2014.

Falta de proporcionalidad de las sanciones de las sanciones.

A todos los titulares de preferentes se les ofrecieron en canje valores y teniendo en cuenta los cupones percibidos y la valoración de los instrumentos en mercado, los mismos tienen un valor que supera la inversión que realizaron, por lo que no puede entenderse que sufrieran perjuicio alguno, antes bien, el valor de la inversión a fecha de este escrito registra una ganancia del 85,68 % o del 77,64, según el caso. A los inversores que no aceptaron el canje, se les dio acceso a las condiciones del convenio de ADICAE, o a completar el precio que obtuvieran en la venta a precio de mercado, que excluye todo perjuicio.

La Sra. Letrada de la Junta de Andalucía en su escrito de contestación se opone a la demanda, en base a lo siguiente:

La competencia de la Delegación del Gobierno para incoar el procedimiento sancionador resulta de la estricta aplicación del art. 2.2 del Decreto 103/2004, teniendo en cuenta que se ha producido la infracción en más de una provincia.

Es competente la Junta de Andalucía para conocer el expediente sancionador, no existe vulneración del principio de especialidad normativa ni del principio non bis in ídem ni de la jurisprudencia. Aduce en este apartado que la sanción se impone por infracción de la normativa de protección de los consumidores y usuarios en defensa de cuyos intereses actúa el órgano de consumo sancionador sin necesidad de que se produzca afección del mercado de valores, frente al caso de la CNMV que actuar amparada por la LMV, que establece un régimen de supervisión, inspección y sanción con relación a los mercados de valores, instrumentos financieros y prestación de servicios de inversión. La actuación de la Administración se incardina en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, teniendo en cuenta lo previsto en su art. 47.2, y a ella, se somete la entidad sancionada de acuerdo con el propio tenor de los propios contratos de depósito/custodia y administración de valores, de modo que en nuestro caso se sanciona una infracción en esta materia por vulneración de las normas propias en la materia de consumo, siendo el bien jurídico protegido la necesidad de prestación al consumidor de una información veraz, completa, proporcionada, comprensible y adaptada a sus circunstancias, más cuando estamos ante un producto eminentemente complejo y de elevado riesgo, frente al cual los consumidores recibieron realmente una información sesgada, no adaptada a sus conocimientos ni proporcionada. No hay infracción del non bis in ídem teniendo en cuenta que la sanción impuesta por la CNMV es posterior a la autonómica; que una y otra no se fundamentan en la vulneración del mismo art. 99,5 y 7 bis de la LMV en el caso de la resolución sancionadora de la CNMV; y que ni siquiera están dirigidas a la protección del mismo bien jurídico, pues en el caso de la CNMV éste es el propio mercado de valores, no la protección del cliente o consumidor, ámbito éste que es el protegido por la Administración autonómica. Sostiene que por las mismas razones no puede admitirse la competencia exclusiva de la CNMV para la imposición de la sanción, haciéndose mención en la resolución impugnada a la normativa específica del mercado de valores únicamente para referirse a alguno de los actos de información no incumplidos para la demandante, pero sólo como ejemplo del incumplimiento principal de información y prestación de servicio en forma debida antes enunciada. Por último, en relación con la aplicabilidad de la Directiva Midi señala que muchas de las contrataciones son posteriores a su entrada en vigor, que tiene efecto directo, que al tiempo de la prestación del servicio existía normativa que exigía el cumplimiento de obligaciones completa y adaptada a las circunstancias del consumidor.

No existe vulneración del principio de legalidad y tipicidad. Respecto de la infracción consistente en no cumplir los deberes de información en la venta o prestación del servicio al no disponer de la información necesaria sobre el conocimiento o experiencia del cliente minorista en el ámbito de la inversión correspondiente a productos financieros complejos como son las participaciones preferentes tipificada en el art. 71.2.1 de la Ley 13/2003, se constata en el expediente la vulneración de lo dispuesto en los art. 60 del Real Decreto 1/2007 y 74.1, 79 bis 5 y 7 de la LMV. Además no existe la voluntad inequívoca de los clientes minoristas de contratar la participaciones. Sobre la infracción por no cumplimiento de requerimientos, resulta del expediente administrativo que efectuados por la Administración sancionadora se comprueba en el expediente que no se han atendido.

Pleno respeto al principio de personalidad. La recurrente alega que la sanción vulnera el principio de personalidad dado que la sanción es imputable a Banka Cívica pero no a CaixaBank como sucesora de la primera. No puede admitirse la alegación de que CaixaBank es absolutamente extraña a la infractora, porque se ha producido una absorción de la entidad Banka Cívica con unidad económica y de decisión y porque la entidad demandan incluyó en su patrimonio las ganancias derivadas de las participaciones preferentes.



No concurre prescripción. En el supuesto de autos se han desarrollado una pluralidad de acciones similares que infringen los mismos preceptos pero afectando a distintos consumidores. En tales casos el plazo para el cómputo de prescripción será el de la realización de la última de las acciones típicas incluidas en aquélla, que en el supuesto de autos es el 22 de julio de 2011.

Concurre una adecuada apreciación de las agravantes de alarma y de explotación de la situación de inferioridad del consumidor afectado.

No concurre caducidad del procedimiento. La excepción es introducida ex novo y además no concurre, pues el plazo de aplicación es el de 10 meses de la Ley 9/2001.

Pleno respeto al principio de proporcionalidad. Sin perjuicio de que ha sido valorada la actuación de la demandante como atenuante, no puede suponer la reducción de la sanción que se insta de contrario, y ello porque el hecho mismo de que se adoptaran tales medidas viene a reconocer no sólo la existencia de las infracciones sino su importancia.

TERCERO.- La demanda prioriza en sus ordinales, como no puede ser de otra manera, una cuestión de carácter formal, cuyo enjuiciamiento igualmente ha de ser preeminente a las demás cuestiones formales y de fondo que se vierten en el escrito rector del recurso, pues de estimarse la indicada alegación las demás no serán objeto de enjuiciamiento. La referida cuestión y esencia de la demanda se circunscribe a la ausencia de competencia de la Junta de Andalucía, para ejercer la potestad sancionadora, por corresponder el conocimiento de los hechos imputados a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (en adelante CNMV) en base al principio de especialidad. En la demanda se alega que la apertura de los expedientes realizados por la Consejería de Salud de las Delegaciones Provinciales de la Junta de Andalucía, tiene su origen en las reclamaciones interpuestas ante dichos organismos por diferentes personas con base en supuestas infracciones cometidas en la oferta y contratación de determinados productos financieros complejos, principalmente participaciones preferentes, llegando la resolución a la conclusión de que las actuaciones realizadas por Cixabank, en el curso del proceso de contratación de dichos productos son constitutivas de infracciones administrativas en materia de consumo. Se objeta que a pesar de ello, la resolución que se recurre se fundamenta jurídicamente en el supuesto incumplimiento de normas relacionadas con el mercado de valores y no en normas relacionadas con la protección de consumidores. Se indica que no hay duda ninguna que la competencia para conocer de asuntos relacionados con la protección del inversor en el ámbito de los mercados de valores corresponde de manera exclusiva a la CNMV. No puede olvidarse que el art. 13 párrafo segundo, de la Ley 24/1988, de 28 de julio expresa que la Comisión Nacional del Mercado de Valores velará por la transparencia de los mercados de valores, la correcta formación de los precios en los mismos y la protección de los inversores, promoviendo la difusión de cuanta información sea necesaria para asegurar la consecución de esos fines. En este sentido abunda la demanda en que el art. 95 de la Ley de Mercado de Valores dispone: Las personas físicas y entidades a las que resulten de aplicación los preceptos de la presente Ley, así como quienes ostenten de hecho o de derecho cargos de administración o dirección de estas últimas, que infrinjan normas de ordenación o disciplina del Mercado de Valores incurrirán en responsabilidad administrativa sancionable con arreglo a lo dispuesto en este capítulo. Aduce la demanda el principio de especialidad normativa como uno de los principios generales del Derecho junto con el de jerarquía normativa y el de cronología de las normas y como criterio general para solucionar conflictos de aplicación de las normas y en relación al mismo expresa que no cabe duda de la existencia de una norma especial de protección de los consumidores de servicios financieros, de los inversores, contenida en la Ley de Mercado de Valores, que se adapta a la supuesta infracción (debilidades en las obligaciones de información en la venta de participaciones preferentes) mejor que la general norma de protección de consumidores y usuarios. Ultima la cuestión arguyendo que el principio redargüido de transversalidad no tiene apoyo legal ni doctrinal alguno, mientras que el de competencia por razón de la materia está plenamente reconocido en la legislación administrativa.

CUARTO.- El acuerdo de 18 de febrero de 2014, del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, por el que se resolvió el procedimiento sancionador nº. 41-000139-13-P, instruido a Caixabank S.A., sucesora de Cajasol, como responsable de infracción administrativa en materia de consumo, tuvo como antecedentes reclamaciones interpuestas por diferentes personas consumidoras y usuarias contra la entidad Monte de Piedad y Caja de Ahorros San Fernando de Guadalajara, Huelva, Jerez y Sevilla-Cajasol, en las que se denunció que en la oferta y contratación de participaciones preferentes se les ocultó por parte de la entidad referida información relevante sobre las condiciones de riesgo y liquidez del producto, no haber realizado el oportuno test de conveniencia ni recibido tríptico informativo, o que no han prestado su consentimiento de manera expresa para tramitar la compra. La Administración autonómica detectó las siguientes irregularidades: no hacer constar la voluntad inequívoca de las personas consumidoras y usuarias, clientes minoristas, de contratar participaciones preferentes y otros productos financieros complejos; no disponer de la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia de las personas consumidoras y usuarias, clientes minoristas,



en el ámbito de inversión correspondiente a productos financieros complejos como son las participaciones preferentes ; no atender los requerimientos realizados por los distintos servicios de consumo de la Junta de Andalucía, al no enviar copias de contratos u ordenes de compras de participaciones preferentes en unos casos y/o copias de los Test de conveniencia de obligada realización en otros. Las referidas irregularidades fueron calificadas como infracción por incumplimiento de las condiciones de prestación de prestación del servicio, tipificada en el art. 71.2.1 de la Ley 13/2003, de 17 de diciembre ; como infracción por incumplimiento de la información en la venta de bienes o prestación de servicios, tipificada en el art. 71.2.10 de la Ley 13/2003, de 17 de diciembre y como infracción por incumplimiento de medidas o requerimientos de la Administración, tipificada en el art. 71.7.3 de la Ley 13/2003, de 17 de diciembre . Por las mentadas infracciones se impusieron las sanciones de 225.000 euros, 225.000 euros y 5.000 euros respectivamente. Por su parte, la Orden de 7 de mayo de 2014, del Ministerio de Economía y Competitividad, impone entre otras infracciones a la Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona (La Caixa) a la que ha sucedido Caixabank , por la comisión de una infracción muy grave de la letra z) bis del art. 99 de la Ley 24/1988, de 28 de julio , por haber incumplido las obligaciones de información establecidas en los apartados 5 y 7 del art. 79 bis) del mismo texto legal , por no obtener la información necesaria sobre sus clientes para la evaluación de la conveniencia, así como por haber cometido deficiencias significativas en la valoración de la misma, y haber intermediado operaciones sin advertir sobre su no conveniencia o incongruencia con sus objetivos de inversión, en el procedimiento de comercialización de determinados productos financieros complejos, una multa de 3.000.000 de euros.

QUINTO.- Asiste razón derecha a la parte actora, en su consideración de la falta de competencia objetiva de la Junta de Andalucía para el ejercicio de la potestad sancionadora, por mor del principio de especialidad. Efectivamente el conflicto de normas para el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, ha de resolverse con la ayuda del mentado principio de especialidad. No se trata de la protección de consumidores y usuarios en general, sino a través de una ley especial de la protección de los inversores. La especialidad de la Ley de Mercado de Valores, Ley 24/1988, de 28 de julio, se constata en su propia exposición de motivos que en su apartado 3 expresa: 3. Pieza central de la reforma es la creación de una Comisión Nacional del Mercado de Valores, que se concibe como una entidad de derecho público con personalidad jurídica propia. Se trata de un ente al que se encomienda la supervisión e inspección del mercado de valores, sin perjuicio de su colaboración en las labores de ordenación del mismo y en el impulso de la implantación de su reforma. La Comisión aparece regida por un Consejo de Administración cuya composición se caracteriza por la exclusión de representaciones directas de los agentes sujetos a la supervisión de aquélla, que sin embargo tendrán voz, a través de un Comité Consultivo que se crea al efecto, en las decisiones más importantes de la Comisión. El diseño del Consejo de Administración de la Comisión potencia la competencia profesional, dedicación e independencia de sus miembros y la actuación de los mismos en forma colegiada. Las competencias de la Comisión son múltiples, e incluyen, entre otras, la de velar por la transparencia de los diversos mercados, la correcta formación de los precios en los mismos y la protección de los inversores, promoviendo las informaciones que sean de interés para éstos; la de controlar el desarrollo de los mercados primarios, la de admisión a negociación de valores en los mercados secundarios oficiales, así como su suspensión y exclusión; la de velar por el cumplimiento de las normas de conducta por cuantos intervienen en el mercado de valores; la de asesorar al Gobierno y al Ministerio de Economía y Hacienda en las materias relacionadas con los mercados de valores; y el control del cumplimiento de cuantas obligaciones y requisitos se exigen en la Ley, incluyendo el ejercicio de la potestad sancionadora. La generalidad de la protección del consumidor y usuario igualmente queda patente en la Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de Consumidores y Usuarios de Andalucía que en su exposición de motivos indica: El objetivo de la Ley se concreta en la defensa y protección del consumidor a través de una mejora de la calidad de los bienes y servicios mediante un adecuado y efectivo control e inspección de éstos, garantizando a los ciudadanos una especial protección de los intereses económicos y sociales articulada a través de dos elementos básicos: la actuación de las Administraciones Públicas y el fomento de las organizaciones o asociaciones de consumidores y usuarios. El título I se ocupa de las disposiciones generales y de los principios informadores de los derechos de los consumidores. Su referente directo es la Ley 5/1985, de 8 de julio, de los Consumidores y Usuarios, de la que incluso se respeta la literalidad de gran parte de su articulado, con modificaciones de detalle que en nada afectan al fondo. El punto de partida lo constituye la proclamación de una serie de derechos básicos de los consumidores, que se sintetizan en los siguientes: el derecho a la protección de la salud y seguridad, el derecho a la protección de los intereses económicos y sociales, el derecho a la información y el derecho a la participación. Junto a estos derechos básicos se recogen otros que no son sino complemento o instrumento de aquéllos: el derecho a la indemnización y reparación efectiva de daños, el derecho a la educación y formación y el derecho a la especial protección en situaciones de inferioridad.

SEXTO.- Como se apuntó más arriba en el art.13 de la Ley 24/1988 , se regulan las funciones de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, a la que se encomiendan la supervisión e inspección de los mercados de



valores y de la actividad de cuantas personas físicas y jurídicas se relacionan en el tráfico de los mismos, el ejercicio sobre ellas de la potestad sancionadora y las demás funciones que se le atribuyen en esta Ley.

En su párrafo segundo se expresa que la Comisión Nacional del Mercado de Valores velará por la transparencia de los mercados de valores, la correcta formación de los precios en los mismos y la protección de los inversores, promoviendo la difusión de cuanta información sea necesaria para asegurar la consecución de esos fines.

Frente al indicado precepto no puede postularse la aplicación del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios que en su art. 47.2 establece: " las autoridades competentes en materia de consumo sancionarán, asimismo, las conductas tipificadas como infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios de los empresarios de los sectores que cuenten con regulación específica y las prácticas comerciales desleales con consumidores y usuarios". Como se ha dicho con anterioridad el principio de especialidad excluye la aplicación del referido precepto y concluye por el contrario, la competencia de la CNMV en virtud de la Ley 24/1988, pues los defectos en la información proporcionada al cliente respecto a participaciones preferentes y defectos de información recabada de los clientes para la elaboración de test de conveniencia, atienden más bien al quebranto de la protección especial de los inversores que a la defensa general de consumidores y usuarios. Sin embargo, como se apuntó con anterioridad el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, impuso a Caixabank, dos multas, por incumplimiento de la información en la venta de bienes (concretamente la documentación relativa a la orden de compra/suscripción de valores, el contrato de depositaria y administración de valores o el test de conveniencia en relación a la adquisición de participaciones preferentes de los reclamantes) y por incumplimiento de las condiciones de prestación del servicio (concretamente, por no informar a los clientes reclamantes de las características y riesgos de los productos complejos consistentes en participaciones preferentes). Asimismo, se impone una tercera multa , consecuencia de las anteriores, que asciende a 5.000 euros, por incumplimiento de las medidas o requerimientos de los Servicios de Consumo. Como ya se dijo, la CNMV impuso varias sanciones, entre ellas la de multa de 3.000.000 de euros, por comercialización de productos complejos sin haber obtenido la información necesaria de los clientes para evaluar la conveniencia de los mismos en la adquisición de tales productos, por no valorar dicha información obtenida de forma adecuada y por intermediar operaciones sin advertir de la existencia de esta falta de conveniencia. La identidad de hechos evidencia la especialidad en la competencia de la CNMV, para el ejercicio de la potestad sancionadora, en detrimento del ejercicio realizado de la indicada potestad por la Junta de Andalucía, pues como se viene sosteniendo la especialidad de la "protección de los inversores" excluye la generalidad de la "defensa de consumidores y usuarios". En este sentido deben destacarse como normas reguladoras de la protección de los inversores, además de la Ley de Mercado de Valores, el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas que prestan servicios de inversión. El aspecto esencial de elaboración de test de conveniencia y su obligación se contiene en el art. 79 bis de la Ley 24/1988 (relativo a obligaciones de información) , de ahí, que el hecho de que la actuación sancionada esté recogida en el art. 99 de la Ley 24/1988 , en relación con el indicado art. 79 bis, determina claramente la competencia de la CNMV. Corolario de lo anterior, es la nulidad de las sanciones impuestas por la Administración autonómica en su totalidad, debido a que la falta de competencia por razón de la materia, acarrea la nulidad de las dos primeras a tenor de lo dispuesto en el art. 62.1.b) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , e igualmente de la sanción atinente al incumplimiento de medidas y requerimientos de los Servicios de Consumo, en la medida en que si no se ostenta competencia para sancionar, mal puede exigirse medidas y requerimientos en el supuesto ejercicio de una potestad que no se ostenta, de ahí, que si no se tiene legitimación ni competencia para exigir las medidas o requerimientos, tampoco se puede sancionar los supuestos incumplimientos de los mismos.

SÉPTIMO.- La enjuiciada nulidad de la sanción impuesta por la Junta de Andalucía, por falta de competencia, no excluye el análisis a efectos dialécticos de la vulneración del principio de prohibición de non bis in ídem, debido a que se incoaron, tramitaron y resolvieron dos expedientes sancionadores, por dos Administraciones distintas, de un lado la CNMV y de otro la Junta de Andalucía. Efectivamente, tanto el expediente sancionador incoado por la Consejería de Administración Local y Relaciones Institucionales de la Junta de Andalucía en fecha 30 de abril de 2013, así como el incoado por el Comité Ejecutivo de la CNMV, en fecha 6 de septiembre de 2012, al que se acumuló el incoado en fecha 25 de octubre de 2012, se fundamentaban en unos mismos hechos: la venta de participaciones preferentes a clientes a quienes se debió evaluar previamente para determinar su conocimientos y experiencia para la adquisición de tales productos (deficiencias en cuanto a los denominados test de conveniencia) por un lado, y por otro, la ausencia o deficiencias de información a tales clientes sobre las características de las participaciones preferentes o productos complejos. No puede albergar duda alguna, la concurrencia de las identidades de sujetos, hechos y fundamento en la imposición de las dos sanciones, por lo que sería de aplicación el art. 133 de la Ley 30/1992 , que impide sancionar los hechos que lo hayan



sido penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento. Asimismo, en la legislación sectorial, concretamente en la Ley 13/2003, de 17 de diciembre, en su art. 86 se prohíbe en los mismos términos antedichos la doble sanción; al tiempo que se regulan en su apartado 3 b) medidas para evitar la doble imposición pues se establece: " Si los hechos todavía no hubieran sido sancionados conforme a otra legislación administrativa, pero se hubiera iniciado el procedimiento encaminado a ello o concurrieran circunstancias que lo justifiquen, los órganos de defensa del consumidor podrán acordar motivadamente la iniciación del procedimiento sancionador que les corresponda tramitar, suspendiéndolo, hasta conocer la decisión adoptada por los otros órganos. Una vez conocida esa resolución, los órganos de defensa del consumidor tomaran la decisión pertinente sobre la procedencia o no de iniciar o reanudar el procedimiento sancionador" y en su apartado c) de forma terminante expresa que en ningún caso se puede producir una doble sanción. Como se ha indicado el expediente sancionador de la CNMV fue anterior en el tiempo al de la Junta de Andalucía, por lo que se produjo la infracción del principio non bis in idem no sólo por la existencia de de dos expedientes sancionadores sino por la imposición de dos sanciones.

Por todo lo anteriormente expuesto procede la estimación del recurso, sin que proceda el enjuiciamiento de las demás cuestiones formales y de fondo .

OCTAVO.- Procede la imposición de costas a la Administración demanda al haber sido desestimada su pretensión, si bien, no se podrá exigir por todos los conceptos mayor cantidad de 1.000 euros.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

### **FALLAMOS**

Que debemos estimar y estimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la resolución que se recoge en el fundamento primero de la presente sentencia, la que declaramos nula de pleno derecho y dejamos sin efectos las sanciones impuestas. Condena en costas en los términos expresados.

Con certificación de esta sentencia, devuélvase el expediente al lugar de procedencia.

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